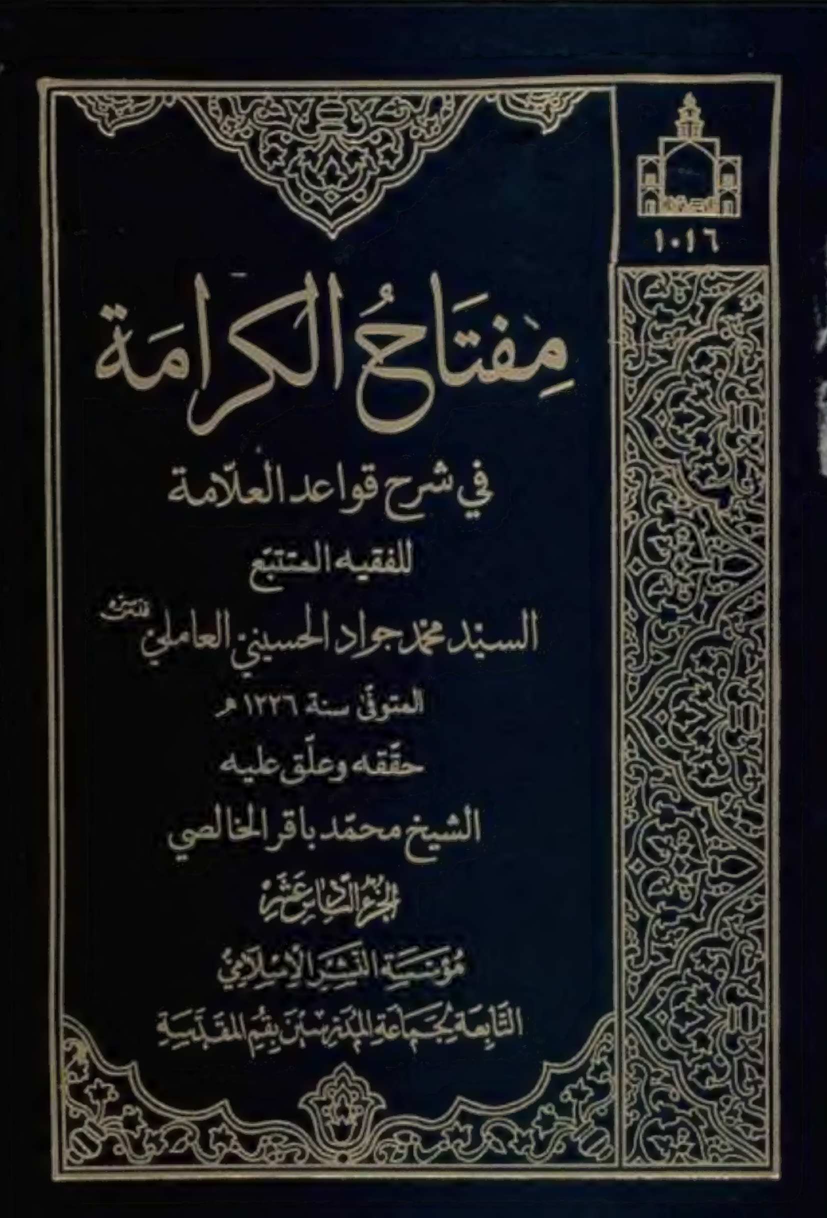
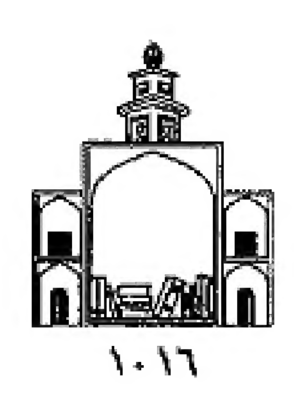

١٠١٦
مفتاح الكرامة
في شرح قواعد العلامة
للفقيه المتتبع
السيد محمد جواد الحسيني العاملي قدس سره
المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ
حققه وعلق عليه
الشيخ محمد باقر الخالصي
الجزء السادس عشر
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة



١٠١٦

مفتاح الكرامة

في شرح قواعد العلامة

للفقيه المتتبع

السيد محمد جواد الحسيني العاملي قدس سره

المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ

حققه وعلق عليه

الشيخ محمد باقر الخالصي

الجزء السادس عشر

* * *

مؤسسة النشر الإسلامي

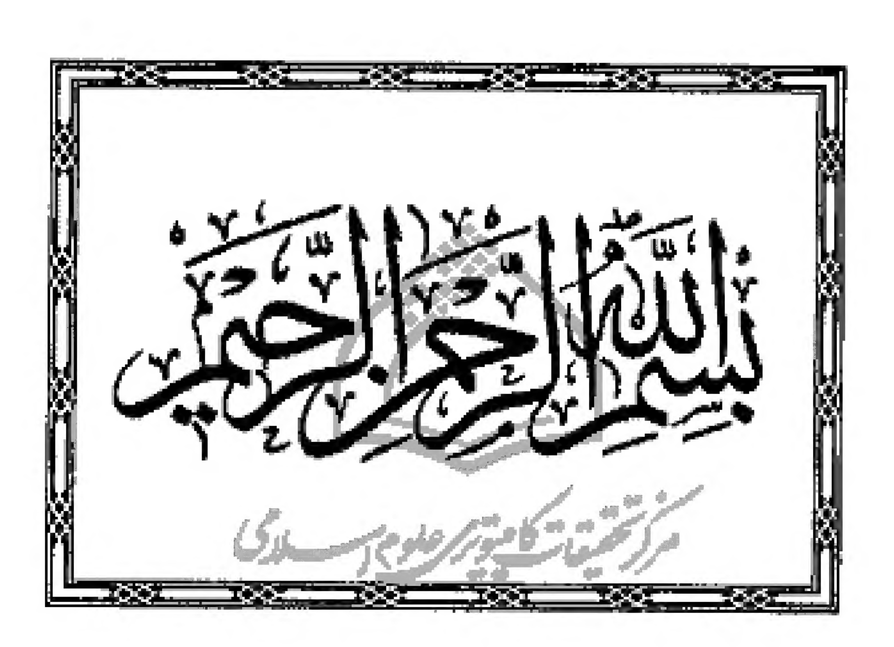
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

حسيني عاملي، محمّدجواد بن محمّد، ١١٦٠ ـ ١٢٢٦ ق.
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلّامة [حسن بن يوسف الحلّي] / تأليف محمّدجواد الحسيني العاملي. حقّقه وعلّق عليه الشيخ محمّدباقر الخالصي. ـ ـ مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة. ١٤١٩ ق. = ١٣٧٧ ش.
ج ١٦ ـ ـ (مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة، ١٠١٦).
شابك دوره ٧ ـ ٠٦٢ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤
ISBN 964 - 470 - 062 - 7
عربي.
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا.
ج ١٦ (چاپ اوّل: ١٤٢٦ ق = ١٣٨٤ ش)
كتابنامه.
١. علّامه حلّى، حسن بن يوسف، ٦٤٨ ـ ٧٢٦ ق. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ـ ـ نقد و تفسير. ٢. فقه جعفرى ـ ـ قرن ٨ ق. الف. علّامه حلّى، حسن بن يوسف، ٦٤٨ ـ ٧٢٦ ق، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. شرح. ب. خالصى، محمّدباقر، ١٣٢١ ـ ، محقّق. ج. جامعهٔ مدرّسين حوزهٔ علميهٔ قم، دفتر انتشارات اسلامى. د. عنوان. هـ. عنوان: قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. شرح.
BP ١٨٢ / ٣ / ٨ع ٨ ق ٩٠٢١٣ — ٢٩٧ / ٣٤٢
١٣٧٧
كتابخانهٔ ملّى ايران — ٧٨ ـ ١٨١٥٣ م

مفتاح الكرامة
(ج ١٦)

- تأليف: الفقيه المتتبّع السيّد محمّد جواد العاملي ﴿ره﴾
- الموضوع: الفقه
- تحقيق: الشيخ محمّد باقر الخالصي
- طبع ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي
- عدد الصفحات: ٦٦٠
- الطبعة: الأُولى
- المطبوع: ٥٠٠ نسخة
- التاريخ: ١٤٢٦ هـ. ق.
- شابك ج ١٦: شابك ٠ ـ ٦٥٦ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤ ISBN 964 - 470 - 656 - 0

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة


بسم الله الرحمن الرحیم


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

بقيّة



كتاب الدّين وتوابعه


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المقصد الثالث
في الحجر

وهو المنع عن التصرّف[1]،

﴿المقصد الثالث: في الحجر﴾

قوله: ﴿الحجر﴾ مثلّثة المنع كما في «القاموس[2]». والمحجور عليه هو الممنوع،

---

(١) ظاهر مفتاح الكرامة الّذي صحّحه العاملي ﷺ أنّ هذه الجملة ـ أي جملة «وهو المنع عن التصرّف» من الشرح ولكنّا تفحّصنا في نسخ القواعد المطبوعة والمخطوطة فرأينا في الجميع جعلها من متن القواعد وهو الّذي يؤيّده الاعتبار، فإنّه يبعُد كلّ البُعد أن لا يفسّر الحجر ويدعه مجهولاً، وذلك لأنّ المصنّف ﷺ لم يذكر عنوان باب من أبواب الفقه إلّا وقد فسّره إمّا شرعاً وإمّا لغةً وشرعاً، فترك هذه القاعدة منه ﷺ هنا خاصّة بعيد جدّاً، فراجع وتأمّل.

ثمّ لايخفى عليك أنّه لم يرد في أيّة آية أو رواية لفظ «الحجر» بمعنى الممنوعية من التصرّف في المال حتّى تصل النوبة إلى تفسيره لغةً أو شرعاً، وإنّما هو شيء مستفاد أو قل منتزع من مجموع ما ورد في موارد المنع كالدَين أو الصغر أو السفه والجنون ونحوها. نعم ورد في خبر الدعائم لفظه في قصّة وقعت بين عبدالله بن جعفر وعليّ ﷺ وبين عثمان، إلّا أنّ الخبر ضعيف الدلالة وهو مردود في متنه ومعارض صدره وذيله، فراجع المستدرك: ج ١٣ ص ٤٣٢. فما صدر من الفقهاء من تفسيره فهو فرع وروده في آية أو رواية، مع أنّه لم يرد في شيء منهما أصلاً. هذا مضافاً إلى أنّ الظاهر من موارد استعمال الحجر في العرف واللغة أنّه بمعنى الانتراك والانعزال، وهو أمر قهري غير اختياري والمنع عن التصرّف أمرٌ اختياري يقع عن الغير في حقّ الممنوع عن التصرّف. ولو سلّم أنّه بمعنى المنع المطلق فتفسيره بالمنع عن التصرّف في المال إنّما هو من باب الحقيقة الشرعية أو المجاز.

(٢) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٤ مادّة «الحجر».

والفقهاء كثيراً مّا يحذفون الصلة تخفيفاً لكثرة الاستعمال فيقولون محجور. قال في «المبسوط[1]»: الحجر في اللغة هو المنع والحظر والتضييق ـ إلى أن قال: ـ فإذا ثبت هذا فالمحجور عليه إنّما سمّي بذلك لأنّه يمنع ماله من التصرّف فيه. فأشار إلى بيان الوجه في التسمية.

وما في «التحرير[2]» من أنّه لغة المنع وفي الشرع منع الإنسان عن التصرّف في ماله وكذا ما في «الشرائع[3]» من أنّ المحجور عليه شرعاً هو الممنوع من التصرّف في ماله لا يريدان بذلك أنّ للحجر حقيقة شرعية كما قد يتوهّم، بل المراد بالشرعي هنا المتوقّف على الشرع في الجملة، ومقابله اللغوي والعرفي ـ أعني ما لا توقّف له على الشرع أصلاً ـ فلا يقدح في الشرعية اشتمال الحدّ على شيء من المفهومات اللغوية. نعم، يقدح فيه عدم اشتماله على شيء من المعاني الشرعية، ولم يوجد في كلامهم إطلاق شرعي على مثل ذلك. ولمّا لم يشتبه بغيره من أبواب الفقه ما احتاجوا إلى ذِكر بعض شرائطه وأسبابه. وقد أوضحنا الحال وأزلنا الإشكال عن هذه المقامات عند الكلام على تعريف الرهن فلابدّ من ملاحظته[4].

والمحجور عليه إمّا لمصلحة الغير أو مصلحته، والأوّل خمسة أقسام: حجر المفلّس وحجر الراهن وحجر المريض وحجر العبد والمكاتب وحجر المرتدّ فإنّه لحقّ المسلمين. والثاني ثلاثة: حجر المجنون وحجر الصبيّ وحجر السفيه.

وقد اُورد على التعريف المذكور ـ أعني منع الإنسان عن التصرّف في ماله ـ إيرادات ومناقشات، وتندفع كلّها بأن يراد بالمنع فيه المنع في الجملة أو على بعض الوجوه، إذ لا منع شرعاً فيما نحن فيه عن الكلّ، إذ ليس في الستة أضعف من الصبيّ والمجنون، وهما غير ممنوعين عن أكل مالهما عند الحاجة والشرب والسكنى،

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨١.
(٢) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٣.
(٣) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ٩٩.
(٤) راجع ص ٧٠ ـ ٧١.

وأسبابه ستة: الصغر والجنون والرقّ والمرض والسفه والفلس.

وليسا ممنوعين عن العبادات أيضاً، والظاهر أنّ العبد كذلك. فاندفع ما يقال[1]: إنّه إن أُريد البعض يشكل بالصبيّ والمجنون وإن أُريد الكلّ يشكل بالمريض. ولا حاجة في دفع ذلك إلى ما في «المسالك[2]» وغيره[3] بأنّ المراد هو الأعمّ وبأن يراد بإضافة المال إليه ما هو أعمّ من الملك حقيقةً أو ظاهراً وبحسب كونه في يده مسلّطاً عليه، فيخرج المغصوب منه ويدخل العبد وإن قيل: إنّه لا يملك، ولا ينبغي جعله مبنياً على مذهب مَن يقول: إنّه يملك كما في «المسالك[4]» لأنّ المنع الّذي ذكر فيه أعمّ من كونه عن ماله أو ما في يده من مال سيّده.

[في أسباب الحجر]

قوله: ﴿وأسبابه ستة: الصغر والجنون والرقّ والمرض والسفه والفلس﴾ قد عرفت أنّ هذه هي الّتي جرت العادة بذكرها، وإلّا فهناك أسباب أُخر تذكر في محالّها كحجر البائع المثمن حتّى يقبض الثمن، إذ أوجبنا تأخيره، وحجرهما الثمن والمثمن مع وجوب المساواة، وحجر الصبّاغ والخيّاط حتّى يقبضا الأُجرة، وحجر المرأة البضع حتّى تقبض المهر، والمرتهن الرهن حتّى يقبض المال، وحجر الردّة، إلى غير ذلك كالحجر على الراهن وعلى العبد والمكاتب. وقد قيل[5] في وجه الحصر في الستة: إنّ الحجر إمّا عامّ للأموال والذمم أو خاصّ بالأموال. والأوّل إمّا أن يكون ذا غاية يعلم زوال سببها أو لا، والأوّل الصغر والثاني الجنون. والخاصّ إمّا أن يكون الحجر فيه مقصوراً على مصلحته أو مصلحة غيره، والأوّل السفه، والثاني

---

(١) القائل هو الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الحجر ج ٢ ص ١٧٨.
(٢ و ٤) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٣٩ ـ ١٤٠.
(٣) كالحدائق الناضرة: في الحجر ج ٢٠ ص ٣٤٢.
(٥) القائل هو ابن فهد الحلّي في المهذّب البارع: في الحجر ج ٢ ص ٥١٢.

فهنا فصول:

الأوّل: الصغير

ويحجر عليه في جميع التصرّفات، ويعتدّ بإخباره عن الإذن في فتح الباب والملك عند إيصال الهدية.

إمّا أن يكون مالكاً للمحجور عليه أو لا، والأوّل الرقّ، والثاني إمّا أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أو لا، الأوّل الفلس، والثاني المرض، انتهى فتأمّل فيه.

وثبوت الحجر بالستة مجمع عليه، مضافاً إلى الأدلّة الآتية على كلّ بانفراده مع موافقته الاعتبار كما ستسمع ذلك كلّه إن شاء الله تعالى، وهي المخصصة للأصل وعموم الأدلّة بإثبات السلطنة. وفي «حواشي الشهيد[1]» أنّ الحجر ثابت بـالنصّ والإجماع وأجمعت الأُمّة على شرعيّته.

وما صنعه المصنّف هنا من ذِكره الفلس في باب الحجر أولى ممّا في «الشرائع[2] والتذكرة[3]» وغيرهما[4] من ذِكره في بابٍ على حدة وكأنّه لكثرة مباحثه وشدّة ربطه بالدّين جعل هذه بعده وقبله على اختلاف الآراء، والأمر في ذلك سهل.

[في سببية الصغر للحجر]

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فهنا فصول: الأوّل: الصغير، ويحجر عليه في جميع التصرّفات﴾ بالنصّ والإجماع كما في «التذكرة[5]» قال: سواء كان مميّزاً أم لا إلّا ما استثني[6] كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدبيره ووصيّته وإيصال الهدية وإذنه في

---

(١) لم نعثر عليه في حاشية الشهيد المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٢) شرائع الإسلام: في الفلس ج ٢ ص ٨٩. (٣ و ٥) تذكرة الفقهاء: في التفليس ج ١٤ ص ١٨٥.

(٤) كفاية الأحكام: في المفلّس ج ١ ص ٥٧٢.

(٦) إذا قلنا بأنّ الصبيّ محجور عن تصرّفاته ـ أي ممنوع عنها ـ واعتمدنا في دليله على قول ←

دخول الدار على خلافٍ في ذلك. وقدحكينا[١] في باب الوقف من «المسالك» إجماع المسلمين على أنّه لا يصحّ وقفه، ونحوه عن «السرائر» إلى غير ذلك ممّا ذكرناه هناك.

وفي «مجمع البرهان» دليل الحجر على الصبيّ هو قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾[٢] الآية، والسنّة وإجماع الأُمّة على كونه محجوراً عليه في الجملة. وأمّا عن جميع التصرّفات فالظاهر أنّه لا دليل عليه ولا قائل به. فقوله في التذكرة «محجوراً عليه في جميع التصرّفات» يراد به إلّا ما استثني. ويؤيّده أنّ خروج العبادات والإسلام والإحرام من ذلك ظاهر، بل المتبادر التصرّف المالي[٣] كما أفصحت به عبارة «المبسوط[٤] والغنية[٥] والشرائع[٦] والنافع[٧] والتحرير[٨]» وغيرها[٩] حيث قيل فيها: إنّه ممنوع من التصرّف في ماله أو من التصرّف المالي ونحو ذلك، وأمّا غير الثلاثة المذكورة فالأكثر على المنع إلّا في إيصال الهدية والإذن في دخول الدار كما في «مجمع البرهان[١٠]» قال: والظاهر أنّ هذين لا يحتاجان إلى الاستثناء فإنّه محجور عليه إلّا بإذن الوليّ. ويأتي في باب الوقف ما له نفعٌ تامّ في المقام حيث ذهب جماعة إلى صحّة وقفه ووصيّته وصدقته، فلابدّ من مراجعته[١١]. ولا يعتبر في الحجر أن لا يصحّ

← النبيّ ﷺ المشهور «رفع القلم عن الصبيّ حتّى يحتلم» فلا يبقى لاستثناء ما ذكر في الشرح والمتن مورد، فإنّ إطلاقه ينفي جميع المستثنيات المذكورة لا سيّما لو اعتبرنا ما اشتهر بين الفقهاء من أنّ عبارته كلا عبارة، اللّهمّ إلّا إذا كان هنا دليل قاطع في تخصيصه أو تقييده أو استثنائه ولم نجد في المقام مثل هذا الدليل ولو ادّعى عليه الإجماع فقد بيّنّا في محلّه وفي هذه الهوامش عدم اعتباره في محصّله فضلاً عن منقوله، فما حكاه الشارح عن التذكرة من عمومية الحكم هو الصحيح.

(١) سيأتي في كتاب الوقوف والعطايا ج ٩ ص ٤٤ من مفتاح الكرامة الطبعة الرحلية.

(٢) النساء: ٦.

(٣ و ١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٨٢ ـ ١٨٣.

(٤) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨١.

(٥) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.

(٦) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ٩٩.

(٧) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.

(٨) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٤.

(٩) الحدائق الناضرة: في الحجر ج ٢٠ ص ٣٤٤.

(١١) يأتي في ج ٩ ص ٤٣ ـ ٤٤ من الطبعة الرحلية.

وإنّما يزول عنه الحجر بأمرين: البلوغ والرشد.

أمّا البلوغ فيحصل بأمور:

الأوّل: إنبات الشعر الخشن على العانة، سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى، والأقرب أنّه أمارة.

أصلاً إلّا أنّهم قالوا: لا يحتاج إلى علم المهدى إليه والداخل بكون ذلك بإذن الوليّ صريحاً، فلعلّه يكتفي بالظاهر للعادة بأنّ الهدية في محلّها لم يأت بها الولد إلّا بإذن وليّه، وكذا الإذن في الدخول لايكون إلّا بإذنه للقرينة، فكأنّه اكتفى فيهما بمثله للظهور وسهولة الأمر لكثرة التداول والشيوع بين المسلمين من غير نكير، فكأنّه كان في زمانهم عليهم السلام مع عدم المنع، فتقريرهم هنا ثابت وهو حجّة. قلت: يرجع ذلك إلى طريقةٍ مستقيمةٍ وسيرةٍ ثابتةٍ وإجماعٍ مستمرّ. قال: ولا يبعد ذلك وأمثاله مثل قبول مثله من عبده وولده وتسليم ظرفه إليهما، وكذا تسليم ما كان عند الإنسان بالعارية ونحوها إلى شخصٍ يوصله إليه من غير إذنه، سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرهما كما هو المتعارف، خصوصاً إذا كان بينهما الصداقة وعلم من حاله أنّه لا يكره بل يرضى علماً أو ظنّاً متاخماً له. ويدل عليه عموم أدلّة[1] قبول الهدية من غير تفصيل بأن يكون الموصل حرّاً بالغاً، فتأمّل، ومع ذلك الاحتياط أمرٌ مطلوب، انتهى.

قلت: فيما ذكره من استقامة السيرة واستمرار الطريقة وانعقاد الإجماع ما يدفع التأمّل ويغني عن الاحتياط إن ثبت عموم الحجر لجميع التصرّفات.

[فيما يزول به الحجر عن الصغير والصغيرة]

قوله: ﴿وإنّما يزول عنه الحجر بأمرين: البلوغ والرشد. أمّا البلوغ فيحصل بأمور: إنبات الشعر الخشن على العانة، سواء كان

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ب ٩١ من أبواب ما يكتسب به ج ١٢ ص ٢١٧.

مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أُنثى، والأقرب أنّه أمارة﴾ أي دليل وعلم لا أنّه بلوغ بنفسه، وقد اختير كونه بلوغاً في صلاة «التهذيب[١]» وصوم «المبسوط[٢]» وحدوده ووصايا «النهاية[٣] والمهذّب[٤]» وخمس «الوسيلة[٥]» وصوم «السرائر[٦]» ووصاياها وصوم «الشرائع[٧]» وحجرها وحجر «النافع[٨] وكشف الرموز[٩]» وصوم «الجامع[١٠]» وحجره وجهاد «المنتهى[١١] والتذكرة[١٢]» وصوم «التحرير[١٣]» وحجره وحجر «الإرشاد[١٤] والتبصرة[١٥]» وصوم «اللمعة[١٦] والروضة[١٧]» وهو خيرة «مجمع البيان[١٨] وجوامع الجامع[١٩] والغنية[٢٠] وكنز العرفان[٢١] والجعفرية[٢٢]» وقد حكي عليه الإجماع في

---

(١) تهذيب الأحكام: في أحكام الجماعة ذيل الحديث ١٠٤ ج ٣ ص ٣٠.
(٢) المبسوط: في الصوم ج ١ ص ٢٦٦، وفي الحدود ج ٨ ص ٢١.
(٣) النهاية: في الوصايا ص ٦١١.
(٤) المهذّب: في الوصايا ج ٢ ص ١١٩.
(٥) الوسيلة: في الخمس ص ١٣٧.
(٦) السرائر: في الصوم ج ١ ص ٣٦٧، وفي الوصايا ج ٣ ص ٢٠٦.
(٧) شرائع الإسلام: في الصوم ج ١ ص ١٩٨، وفي الحجر ج ٢ ص ٩٩.
(٨) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.
(٩) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٢.
(١٠) الجامع للشرائع: في الصوم ص ١٥٣، وفي الحجر ص ٣٦٠.
(١١) منتهى المطلب: في الجهاد ج ٢ ص ٩٦٣ س ٣١.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في الجهاد ج ١٤ ص ١٨٦ و١٨٧.
(١٣) تحرير الأحكام: في الصوم ج ١ ص ٤٨٥، وفي الحجر ج ٢ ص ٥٣٤.
(١٤) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٥.
(١٥) تبصرة المتعلّمين: في الحجر ص ١١٣.
(١٦) اللمعة الدمشقية: في الصوم ص ٦١. (١٧) الروضة البهية: في الصوم ج ٢ ص ١٤٤.
(١٨) مجمع البيان: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ٣ ص ٩.
(١٩) جوامع الجامع: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ١ ص ٣٧٣.
(٢٠) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١. (٢١) كنز العرفان: في الحجر ج ٢ ص ١٠٣.
(٢٢) الرسالة الجعفرية (رسائل المحقّق الكركي: ج ١) ص ١٢١.

«الغنية[1]» وظاهر حدود «المبسوط[2] ومجمع البيان[3]» ونوادر قضاء «السرائر[4] وكشف الرموز[5] وكنز العرفان[6]» وصوم «المسالك[7]». وفي حسنة بريد الكناسي: إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر في وجهه أو أنبت في عانته[8]. وفي خبر حمران سألت أبا جعفر عليه السلام قلت: متى يجب على الغلام أن يأخذ بالحدود التامّة ويؤخذ بها؟ فقال: إذا خرج عنه اليتم وأدرك. قلت: فلذلك حدّ يعرف، قال: إذا احتلم وبلغ خمس عشرة سنة أو أنبت قبله ـ إلى أن قال: ـ والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر أو ينبت قبل ذلك[9].

وأمّا ما قرّبه المصنّف من أنّه أمارة ودليل وعلم فهو خيرة «المبسوط[10] والخلاف[11]» وحجر «التذكرة[12] وكشف الحقّ[13] وجامع المقاصد[14] والمسالك[15]» وهو ظاهر «الإيضاح[16]». وفي «المسالك[17]» أنّه المشهور. وفي «الخلاف[18]» أنّ

---

(١) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.

(٢) المبسوط: في السرقة ج ٨ ص ٢١.

(٣) مجمع البيان: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ٣ ص ٩.

(٤) السرائر: في نوادر القضاء ج ٢ ص ١٩٩.

(٥) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٢.

(٦) كنز العرفان: في الحجر ج ٢ ص ١٠٣.

(٧) مسالك الأفهام: في الصوم ج ٢ ص ٤٩.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٩ ج ١٤ ص ٢٠٩.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ٢ ج ١ ص ٣٠.

(١٠) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣.

(١١ و١٨) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨١ مسألة ١.

(١٢) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٧

(١٣) نهج الحقّ وكشف الصدق: في الحجر ص ٤٩١.

(١٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨١.

(١٥ و١٧) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤١.

(١٦) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٠ ـ ٥١.

عليه إجماع الفرقة وأخبارهم. وفي «كشف الحق[١]» أنّه مذهب الإمامية. وفي «التذكرة[٢]» أنّه دليل على البلوغ في حقّ المسلمين والكفّار عند علمائنا أجمع.

وقد استدلّ شيخنا في «الرياض[٣]» على قوله في النافع «يعلم بإنبات الشعر الخشن على العانة» الظاهر بل الصريح في كونه بلوغاً لا دليلاً بإجماع «نهج الحقّ والتذكرة» وهما نصّان في أنّه دليل، على أنّه ليس في الأوّل إجماع وإنّما فيه ذهبت الإمامية[٤] كما سمعت.

وقد خبط في ذلك صاحب «الحدائق[٥]» في ردّه على صاحب المسالك فزعم أنّ إجماع التذكرة يردّ القول بأنّه أمارة ودليل على سبق البلوغ، مع أنّه قال في «التذكرة[٦]» قبل ذلك بلا فاصلة: والأقرب أنّه دلالة على البلوغ فإنّا نعلم سبق البلوغ عليه لحصوله على التدريج. وللشافعي قولان: أحدهما أنّه بلوغ والثاني أنّه دليل على البلوغ. وقال بعد ذلك بلا فاصلة ـ أعني بعد قوله: علمائنا أجمع ـ: وبه قال مالك وأحمد والشافعي في أحد القولين ـ إلى أن قال: ـ وإن قال: إنّه بلوغ كان بلوغاً في حقّ المسلمين والكفّار. ووجه أنّه بلوغ كذا وكذا، ووجه أنّه دليل عليه ـ وهو أظهر القولين عندنا ـ أنّ البلوغ غير مكتسب ... إلى آخره.

وكيف كان، فقد استدلّ[٧] على كونه دليلاً بتعليق الأحكام في السنّة والكتاب على الحلم والاحتلام، فلو كان الإنبات بلوغاً بنفسه لم يختصّ غيره بذلك، ومعناه

---

(١) نهج الحقّ وكشف الصدق: في الحجر ص ٤٩١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٧.

(٣) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٥٠.

(٤) هذا من إحدى الموارد الّتي أقرّ الشارح بأن نقل الإجماع منوط بتصريح الناقل بلفظه بالخصوص ولايكفى فيه لفظ آخر وإن أفاده بمضمونه، وقد نبّهنا على ذلك في موارد متعدّدة في هوامشنا على الكتاب.

(٥) الحدائق الناضرة: في الحجر ج ٢٠ ص ٣٤٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٦.

(٧) المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٤١.

أنّ الحجر مستمرّ عليه إلى أن يحتلم كما دلّ عليه الحديث[١]، فلو كان الإنبات بلوغاً بنفسه لم يكن مستمرّاً إلى الاحتلام، فتعيّن أن يكون أمارة، وبأنّ البلوغ غير مكتسب والإنبات قد يكتسب بالدواء ولحصوله على التدريج والبلوغ لا يكون كذلك.

قلت: قد علّق في الخبرين[٢] حكمان على الإنبات وجعل فيهما كالاحتلام والخمس عشرة سنة، فلم يتمّ الدليل الأوّل. وقولهم: «إنّ البلوغ غير مكتسب والإنبات قد يكون مكتسباً» فيه: أنّه بظاهره لو تمّ لدلّ على عدم جواز عدّ الإنبات في العلامات المذكورة ولا كونه علامة على السبق، ولعلّه لذلك تركه المحقّق الثاني، على أنّ القائلين به إنّما يريدون به الإنبات الحاصل من جانب الله سبحانه بمقتضى العادة والطبيعة. وحينئذٍ لا يمتنع أن يكون بنفسه بلوغاً، لا أنّه مراد به ما هو أعمّ حتّى يتّجه ما ذكروه، فليتأمّل. وقولهم «لحصوله على التدريج» قد يقال[٣] عليه: إنّ العلامة تحصل بمجرّد خروج شيء من الشعر، لأنّه يقع في أوّل تحريك الطبيعة في أوّل الشهوة، ولا توقّف له على تزايده حتّى يتّجه قوله «والبلوغ لا يكون كذلك» فكان القول الأوّل أقوى مع موافقته للأُصول الثلاثة السالمة عن المعارض، وإجماعات القول الثاني لا تأبى الحمل على الأوّل، فتأمّل. ويمكن إرجاع الأوّل إلى الثاني بحمل حدّ البلوغ في كلام «النهاية» ونحوها على ما يعمّ العلم والدلالة، فيرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ في «النهاية والتهذيب والمبسوط والخلاف».

وقيّد الشعر بالخشن في العبارة وفاقاً «للمبسوط[٤]» وغيره[٥]. وهو المتبادر من الخبرين. ولا ريب أنّه لا يكتفى بمجرّد الشعر، لعدم خلوّ المولود عنه في جميع الأحيان، مضافاً إلى الأصل بمعانيه. وقيّده بكونه على العانة كغيره لإخراج غيره من الشعور النابتة في المواضع المعهودة.

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب أحكام الحجر ح ١ ج ١٣ ص ١٤٢ ـ ١٤٣.

(٢) تقدّم ذكرهما في ص ١٢.

(٣) الحدائق الناضرة: في الحجر ج ٢٠ ص ٣٤٨.

(٤) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣.

(٥) كالمختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.

وفي «المبسوط[١]» لا خلاف أنّ إنبات اللحية لا يحكم بمجرّده بالبلوغ، وكذا سائر الشعور، وحكم فيه بأنّه علم على البلوغ والإجماع أيضاً ظاهر «المسالك[٢]» وبذلك صرّح في «التذكرة[٣]» وغيرها[٤]. وحكم في صوم «المبسوط[٥]» أنّ اللحية والإشعار حدّ البلوغ. ويمكن حمل الحدّ على ما يعمّ نحو العلم.

وفي «التحرير[٦]» أنّ الأقرب أنّ إنبات اللحية دليل على البلوغ، أمّا باقي الشعور فلا. وقد يظهر من الشهيد الثاني[٧] أنّه في التحرير يقول: إنّ إنبات اللحية كإنبات العانة والاحتلام. وبه ـ أي بما ظهر من الشهيد الثاني ـ جزم شيخنا في «الرياض[٨]» وقوّاه، وليس كذلك على الظاهر، لأنّه جعله في «التحرير» دليلاً وأمارةً

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣.

(٢ و ٤ و ٧) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٩.

(٥) الظاهر من موارد استعمال لفظ «الإنبات» لغةً أنّ لفظه المجرّد عن الإضافة اصطلاح خاصّ لظهور شعر العانة، وأمّا «الإشعار» المجرّد عنها فهو اصطلاح لظهور شعر اللحية، وعليه فما حكاه الشارح هنا عن المبسوط خلاف الاصطلاح هنا، مضافاً إلى أنّ ما ذكر في المبسوط: ج ١ ص ٢٦٦ خلاف ما حكاه عنه الشارح في المقام، قال في كتاب الصوم: وأمّا البلوغ فهو شرط في وجوب العبادات الشرعية وحده هو الاحتلام في الرجال والحيض في النساء أو الإنبات أو الإشعار أو يكمل خمس عشرة سنة، انتهى. فإنّ كلامه هذا صحيح مطابق للاصطلاح، فتأمّل ولا تغفل.

(٦) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٥.

(٨) الّذي حكاه عن التحرير في المسالك (ج ٤ ص ١٤١) هو عين ما حكاه الشارح عن التحرير، فإنّه بعد نقل قول المصنّف «ويعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة» قال: احترز بشعر العانة عن غيره كشعر الإبط والشارب واللحية فلا عبرة بها عندنا وإن كان الأغلب تأخّرها عن البلوغ ـ إلى أن قال: ـ واستقرب في التحرير كون نبات اللحية دليلاً دون غيره من الشعور والعادة قاضية به، انتهى. فكلامه هذا صريح في أنّ التحرير حكم بما حكاه عنه أوّلاً وأنّ الشهيد الثاني ارتضاه وحكم به أيضاً. ويؤيّد أنّ الشهيد الثاني في المسالك نقل ما حكاه الشارح عن التحرير وأنّ ما في التحرير هو الّذي حكاه عنه الشارح في المقام ما في الرياض أيضاً من نقله بعينه عن المسالك وعن التحرير نفسه وحكم هو أيضاً بذلك، قال في الرياض (ج ٨ ص ٥٥١) بعد قول المصنّف المطابق لما في الشرائع بعينه: وفي التقييد بالعانة إخراج لغيره ←

لا بلوغاً بنفسه. ونحوه ما في «المبسوط[1] والتذكرة[2]» حيث جعل فيهما علماً ودليلاً. والحسنة ـ يعني حسنة بريد ـ لم يعمل بها أحد في خصوص ذلك، بل ظاهر «المبسوط[3] والمسالك[4]» الإجماع على خلافها بل لا مخالف أصلاً وإن قوّاه في الروضة[5] فهو معلوم، بل المخالف الشافعي[6] لا غير في أحد قوليه. وقد سمعت ما تأوّلنا به عبارة صوم «المبسوط» وإطلاق إجماع «الغنية» منزّل على المتبادر وهو إنبات العانة، بل لا ريب في ذلك.

هذا، وقد يكون أراد في «التحرير» بالدليل السبب بمعنى أنّه بلوغ بنفسه، لكنّه في «المسالك[7]» ذكر أنّ العادة قاضية بذلك، وقد صرّح في أوّل كلامه بأنّ الأغلب تأخير اللحية عن البلوغ، وأغلبية التأخير تستلزم ثبوت التقدّم في غير الأغلب فلم تطّرد العادة. ثمّ لا فرق بين اللحية وغيرها فإنّ الغلبة ثابتة في الجميع، فلا وجه لتخصيصها بالدلالة دون غيرها، ثمّ إنّ العادة متى كانت قاضية بدلالة نبات اللحية على البلوغ كان نباتها دليلاً بمقتضى العادة، وقد صرّح في كلامه بنفي العبرة به عندنا في جملة ما نصّ عليه من الشعور، وظاهره الإجماع على ذلك، فتأمّل، إذ يمكن تجشّم الجواب عن الأمرين.

← من الشعور ... وهو أحد القولين في المسألة، بل ظاهر المسالك أنّ عليه إجماع الإمامية، مع أنّه في الروضة حكم بأنّ قول الآخر لا يخلو عن قوة، وهو كذلك وفاقاً للتحرير، انتهى. فالحاصل: أنّ ما نسبه الشارح ثانياً إلى التحرير بواسطة نقل الشهيد الثاني لا يصحّ، كما أنّ ما نسبه إلى الرياض من أنّه قوّى القول الآخر وهو الّذي نسبه إلى التحرير بواسطة نقل الشهيد الثاني أيضاً لا يصحّ، بل الرياض قوّى القول الّذي نقله عن التحرير أوّلاً، فراجع.

ثم لا يخفىٰ عليك أنّ في كلام المسالك الّذي نقلناه تهافتاً صريحاً، فإنّه حكم أوّلاً بأنّ الأغلب تأخّر سائر الشعور غير شعر العانة عن البلوغ، ثمّ حكم في آخر كلامه بعد نقل كلام التحرير بانحصار البلوغ في نبات العانة بأنّ العادة قاضية به، فكيف التوفيق؟ فتأمّل جيداً.

(١ و٣) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣. (٢) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٧.

(٤ و٧) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤١.

(٥) الروضة البهية: في الصوم ج ٢ ص ١٤٥.

(٦) فتح العزيز (بهامش المجموع: ج ١٠): ص ٢٨١.

ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف ولا شعر الإبط.

وأمّا شعر الإبط فلا اعتبار به عندنا كما في «التذكرة[١]» كثقل الصوت ونهود الثدي ونتوء طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة واخضرار الشارب.

وأمّا أنّه لا فرق في كون إنبات شعر العانة دليلاً على البلوغ في المسلمين والكافرين ففي «الخلاف[٢]» أنّ عليه إجماع الفرقة وأخبارهم. وفي «التذكرة[٣]» وظاهر «كشف الحقّ[٤]» الإجماع عليه. والمخالف الشافعي[٥] فإنّه جعله دليلاً في حقّ الكفّار خاصّة، لأنّه يمكن الرجوع إلى المسلمين في معرفة بلوغهم ومراجعة الآباء والاعتماد على أخبارهم بخلاف الكفّار، ولأنّ التهمة تلحق المسلم بهذه العلامة لأنّه يستفيد الكمالات والولايات، والكفّار يُقتلون وتضرب عليهم الجزية.

وأمّا أنّه لافرق في ذلك بين الذكر والأُنثى فهو المعلوم من معاقد الإجماعات والفتاوى لمكان الإطلاقات وتنقيح المناط من السنّة أو الإجماع المركّب.

قوله: ﴿ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف﴾ الزغب محرّكة صغار الشعر وليّنه حين يبدو من الصبيّ من باب تعب كما في «القاموس[٦]» وغيره[٧]. وكأنّ المراد بالشعر الضعيف الّذي ينبت قبل الشعر الخشن، وقد ذكرهما في «التذكرة[٨]» واقتصر في «المبسوط[٩]» على الزغب كما أنّه اقتصر في «التحرير[١٠]»

(١ و٣ و٨) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٩ و١٨٦.
(٢) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨١ مسألة ١.
(٤) نهج الحقّ وكشف الصدق: في الحجر ص ٤٩١.
(٥) المجموع للنووي: ج ١٣ ص ٣٦٣ و٣٦٤، والمغني لابن قدامة: ج ٤ ص ٥١٣، والشرح الكبير: ج ٤ ص ٥١٣، وعمدة القاري: ج ١٣ ص ٢٣٩.
(٦) القاموس المحيط: ج ١ ص ٧٩ مادّة «الزغب».
(٧) المصباح المنير: ص ٢٥٣ مادّة «الزغب».
(٩) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣.
(١٠) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٥

الثاني: خروج المنيّ الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد[١] سواء الذكر والأُنثى.

على الشعر الضعيف وفي «المسالك[٢]» أنّ الشعر الضعيف يعبّر عنه بالزغب.

قوله: ﴿الثاني: خروج المنيّ الّذي يكون منه الولد من الموضع المعتادسواء الذكر والأُنثى﴾ أمّا كون خروج المني بلوغاً فهو صريح «المبسوط[٣] وفقه القرآن» للراوندي[٤] و«الغنية[٥] والشرائع[٦] والتحرير[٧] والإرشاد[٨]». وفي «المسالك[٩]» الإجماع عليه في الذكر والأُنثى. وهو معنى قوله في صلاة «التهذيب[١٠]» ووصايا «النهاية[١١] والمهذّب[١٢]» وصوم «السرائر[١٣]» ووصاياها وصوم «الشرائع[١٤] وكشف الرموز[١٥]» وصوم «جامع الشرائع[١٦]» وحجره وحجر «التذكرة[١٧]» وصوم

---

(١) لايخفى عليك أنّ الأخبار خالية عن القيد المذكور، أي خروجه من الموضع المعتاد، فإنّ من الممكن خروجه بدفق وشهوة من غير الموضع المذكور، فراجع وحملها عليه لكونه هو المعمول الغالب لا يستلزم ظهورها فيه وبدونه لا حجيّة فيها عليه.

إن قلت: خروجه من الموضع المعتاد هو المتيقّن من شمول رفع الحجر وفي غيره يرجع إلى الأصل، قلت: الأصل هنا معارض بمثله، فإنّ أصالة بقاء الحجر معارض بأصالة عدم جعل الحجر على مَن خرج منه المنيّ من الموضع المعتاد، وقد بيّن ذلك في محلّه على التفصيل فراجع بحث تعارض الاستصحابين وبحث أقسام الاستصحاب.

(٢ و٩) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤١ و١٤٣.

(٣) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٢. (٤) فقه القرآن: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٢.

(٥) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١. (٦) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ٩٩.

(٧) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ص ٥٣٤. (٨) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ص ٣٩٥.

(١٠) تهذيب الأحكام: في أحكام الجماعة ذيل الحديث ١٠٤ ج ٣ ص ٢٩ ـ ٣٠.

(١١) النهاية: في الوصايا ص ٦١١. (١٢) المهذّب: في الوصايا ج ٢ ص ١١٩.

(١٣) السرائر: في الصوم ج ١ ص ٣٦٧، وفي الوصايا ج ٣ ص ٢٠٦.

(١٤) شرائع الإسلام: في الصوم ج ١ ص ١٩٨. (١٥) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٢ـ٥٥٣.

(١٦) الجامع للشرائع: في الصوم ص ١٥٣، وفي الحجر ص ٣٦٠.

(١٧) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٠.

«التحرير[1]» وحجر «التبصرة[2] والجعفرية[3]» وحجر «جامع المقاصد[4]» وصوم «الروضة[5]»: إنّ حدّه الاحتلام وإنّه يحصل به وإنّه بلوغ، لأنّ الاحتلام كما في «التذكرة» خروج المني الدافق الّذي يُخلق منه الولد، وقال: إنّه بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا أجمع[6]. وفسّر الحلم في «التذكرة» أيضاً بخروج المني من الذكر وقبل المرأة مطلقاً سواء كان بشهوة أو غيرها بجماع أم بغيره في نوم أو يقظة. قال: ولا يختصّ بالاحتلام بل منوط بمطلق الخروج مع إمكانه واستكمال تسع مطلقاً عند الشافعي وعندنا في المرأة خاصّة[7]. وأمّا في جانب الذكر فما وقفت له على حدّ لأصحابنا. وفي «المسالك[8]» أنّ ما بعد العاشرة محتمل. وبه ـ أي الحلم وظهور المني ـ عبّر في «الغنية[9]» وادّعى إجماع الطائفة.

وظاهر صوم «المبسوط[10] والوسيلة[11]» أو صريحها كنوادر قضاء «السرائر[12]» تخصيص الاحتلام بالذكر.

وفي «مجمع البرهان[13]» تحقّق البلوغ ببلوغ النكاح بمعنى الحدّ الّذي يتمكّن

---

(١) تحرير الأحكام: في الصوم ج ١ ص ٤٨٥.
(٢) تبصرة المتعلّمين: في الحجر ص ١١٣.
(٣) الرسالة الجعفرية (رسائل المحقّق الكركي: ج ١) في القضاء ص ١٢١.
(٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨١.
(٥) الروضة البهية: في الصوم ج ٢ ص ١٤٤.
(٦ و٧) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٠ و١٩١.
(٨) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٣.
(٩) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.
(١٠) المبسوط: في الصوم ج ١ ص ٢٦٦.
(١١) لم يذكر في الوسيلة تخصيص الاحتلام بالذكر في كتاب الصوم وإنّما ذكره في كتاب الخمس، راجع الوسيلة: ص ١٣٧.
(١٢) السرائر: في نوادر القضاء ج ٢ ص ١٩٩.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٨٥ و١٨٦.

معه من المجامعة والإنزال جامع أم لم يجامع أنزل أم لم ينزل [1]. وظاهر كلامه إجماع الأصحاب على تحقّق البلوغ به، وكلامه مقصور على الذكور. وفي «جوامع الجامع» بلوغ النكاح هو أن يحتلم لأنّه يصلح للنكاح عنده أو يبلغ خمس عشرة سنة أو ينبت [2]. وتفسيره بلوغ النكاح هنا بالاحتلام لا ينافي ما ذكره في «المجمع [3]» من عدم إرادته منه، فإنّ المنفي إرادته على وجه الخصوص، والمثبت إرادته لكونه ممّا يعرف به بلوغ النكاح كما يقتضيه التعليل.

هذا، والأخبار [4] الّتي علّقت فيها التكاليف اللازمة على الحلم والاحتلام معتبرة مستفيضة وفيها الصحاح. والظاهر عدم الفرق في الاحتلام بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظة خلافاً لما حكي [5] عن بعض أهل اللغة فقصره على الأوّل. والنوم غير معتبر على الظاهر في البلوغ اتّفاقاً كما في «الكفاية [6]».

وفي «المبسوط [7] والشرائع [8] والتذكرة [9] والكتاب» فيما يأتي [10] و«جامع المقاصد [11] والروضة [12]» أنّ الخنثى إن أمنى من الفرجين وإن حاض من فرج الإناث وأمنى من فرج الذكور حكم ببلوغه، وأنّه إن أمنى من أحدهما لم يحكم ببلوغه. وفي

____

(١) لا يخفى عليك أنّه قد يكون من لم يحتلم ولم ينزل منه المنيّ قادراً على المجامعة بمعنى إدخال ذكره في فرج المرأة كما أنّ مَن يحتلم وينزل منه المنيّ قد يكون غير قادر على المجامعة بهذا المعنى فهذا الكلام من المجمع غير تامّ بل وغير صحيح فتأمّل.

(٢) جوامع الجامع: في تفسير سورة النساء آية ٦ ج ١ ص ٣٧٣.

(٣) مجمع البيان: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ٣ ص ٩.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب مقدّمات العبادات ح ٢ و٦ و٩ و١٠ و١١ و١٢ ج ١ ص ٣٠ ـ ٣٢.

(٥) حكاه السبزواري في كفاية الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٨١.

(٦) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨١. (٧) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣.

(٨) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٠.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩١ و١٩٢.

(١٠) سيأتي في ص ٣٨. (١١) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨١ و١٨٣.

(١٢) الروضة البهية: في الصوم ج ٢ ص ١٤٤.

«التذكرة[1]» أنّه المشهور عند علمائنا. وفي «المسالك» أنّه هو الّذي اختاره أكثر العلماء. ووجّهوه بأنّه لو أمنى من الفرجين، فإن كان ذكراً فقد أمنى من فرجه المعتاد، وإن كان أُنثى فكذلك. ومثله لو أمنى من فرج الذكر بعد مضي تسع سنين وإمكان الإمناء من الذكر، لأنّه إن كان أُنثى فقد بلغ بالسنّ وإن كان ذكراً فقد أمنى في وقت إمكانه. وأمّا حيضه من فرج الإناث وإمناؤه من فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة. وأمّا أنّه لو أمنى من أحدهما خاصّة لا يحكم ببلوغه فلجواز أن يكون ذلك الفرج زائداً فلا يكون معتاداً. ومثله لو حاض من فرج النساء خاصّة[2]. قلت: لو صار ذلك معتاداً قويت الدلالة جدّاً.

وللجويني قول نفى عنه البأس في «التذكرة[3]» وكذا «المسالك[4]» وكأنّه مال إليه في «التحرير[5]» وهو أنّ ذلك كافٍ في البلوغ، لأنّ خروج المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكراً كما يحكم به لو خرج البول خاصّة، وكذا القول في الحيض والمني من فرج الأُنثى. قال[6]: وكيف ينتظم منّا أن نقول إنّه ذكر أمنى ولا نحكم بأنّه قد بلغ، ولأنّ خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلاً على التعيين، ومتى ثبت التعيين كان دليلاً على البلوغ، ولأنّ خروجهما معاً دليل على البلوغ، فخروج أحدهما أولى، لأنّ خروجهما يفضي إلى تعارضهما وإسقاط دلالتهما، إذ لا يتصوّر أن يجتمع حيض ومني رجل.

وقد يقال[7]: مع تحقّق هذا العجب لا يبعد خروج الحيض من الذكر ولا خروج

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩١ و١٩٢ و١٩٥.

(٢ و٤) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٧ ـ ١٤٨.

(٥) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٤.

(٦) الظاهر أنّ العبارة الّتي نقلها الشارح في المقام ملفّقة من عبارة المسالك وعبارة التذكرة، فإنّ أكثرها وإن جاء في المسالك إلّا أنّ في التذكرة زيادة لم يأت بها في المسالك، فراجع تذكرة الفقهاء: ج ١٤ ص ١٩٤، ومسالك الأفهام: ج ٤ ص ١٤٧.

(٧) القائل هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٣.

المني من ذكر المرأة، وللبول دليل خاصّ من نصّ وإجماع، فالخروج عن الأصل وقول الأكثر بمثله مشكل.

فقد تحصّل أنّ الخنثى المشكل لمّا كان منحصراً في الذكورة والانوثة، وإنّما يشتبه حكمه في الإلحاق بأحدهما، فمتى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقّق فيهما إمّا لاشتراكه بينهما كالإنبات أو لإلحاق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة أو لكونه جامعاً للوصفين على التقديرين، كما لو أمنى من الفرجين أو حاض من فرج الإناث وأمنى من فرج الذكور حكم عليه بالبلوغ.

إذا عرفت هذا فعد إلى عبارة الكتاب، فإنّ ظاهرها كعبارة «الشرائع[1]» أنّ المني قسمان: ما يكون منه الولد وما لا يكون وأنّ البلوغ لا يتحقّق إلّا بالأوّل. وقد قال في «المسالك» إنّه فهم هذا المعنى جماعة وفي «حواشي الكتاب» نقلاً عن بعض العلماء أنّه يعلم المني الّذي منه الولد ممّا ليس منه بأن يوضع في الماء، فإن طفا فليس منه الولد، وإن رسب فمنه الولد. قال في «المسالك»: والظاهر أنّ هذا المعنى فاسد، بل المعتبر في البلوغ خروج المني مطلقاً سواء صلح لتخلّق الولد بحسب شخصه أم لا، لإطلاق النصوص الدالّة على ذلك المتناولة لمحلّ النزاع، والوجه في هذه الصفة أنّها كاشفة لا مقيّدة. والمراد أنّ المني هو الّذي من شأنه أن يخلق منه الولد وإن تخلّف في بعض الأفراد لعارض. وفي عبارة «التذكرة» خروج الماء الّذي منه الولد، فالصفة مقيّدة. ولابدّ في هذا أيضاً من إرادة المعنى الّذي ذكرناه من كون المراد ما من شأنه ذلك لئلّا يفهم اشتراط كونه بالفعل[2].

وقيّد بالموضع المعتاد مع إطلاق الأدلّة، لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصاً وفي بعضها بلوغ النكاح، فلو خرج من جرحٍ ونحوه لم يعتدّ به[3].

---

(١) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ٩٩.

(٢ و ٣) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٢ ـ ١٤٣.

الثالث: السنّ، وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية، وتسع في الأُنثى، وفي رواية: إذا بلغ الصبيّ عشراً بصيراً[1] جازت وصيّته وصدقته وأُقيمت عليه الحدود التامّة، وفي أُخرى: خمسة أشبار.

قوله: ﴿الثالث: السنّ، وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية، وتسع في الأُنثى﴾ هذان الحكمان قد حكي عليهما الإجماع في «الخلاف[2] والغنية[3]» وظاهر نوادر قضاء «السرائر[4]» وحجر «التذكرة[5] وكنز العرفان[6]» في تفسير الآية الشريفة و«آيات المقدّس الأردبيلي[7]». وفي «المسالك[8]» أنّ بلوغ الذكر بالخمس عشرة هو المشهور بل كاد يكون إجماعاً، وأنّ بلوغ الأُنثى بالتسع مشهور وعليه العمل. وفي «السرائر[9]» الإجماع واقع على التسع. وفي «إيضاح النافع» أنّ بلوغ الذكر بالخمس عشرة عليه الفتوى. وفي «المقتصر[10]» أنّه مذهب الجمهور من الأصحاب. وظاهر «مجمع البيان[11] وكشف

---

(١) لا يخفى أنّ العبارة المذكورة في المتن وهي قوله: «بلغ الصبيّ عشراً بصيراً» غير مأنوس المعنى بل والتركيب أيضاً، وقد جاءت في عبائر كثيرة بهذا التركيب، إلّا أنّ المحقّق في الشرائع جاء بها بقوله: وفي رواية أُخرى: إذا بلغ عشراً وكان بصيراً جازت. وهذه العبارة أصحّ باللفظ وأوفق بالمعنى وكيف كان فنحن لم نعثر على هذه الرواية في كتب الآثار والأخبار. نعم روى الشيخ في التهذيب عن أبي بصير وأبي أيوب عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي؟ قال إذا أصاب موضع الوصيّة جازت (الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٩ ـ ٤٣٠) والظاهر أنّ المراد بقوله: «إذا أصاب موضع الوصيّة جازت» هو قوله: «وكان بصيراً» في الرواية المرسلة ولعلّهما ـ أي المحقّق والمصنّف ـ نقلاها بالمعنى، فتدبّر.

(٢) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣ المسألة ٢. (٣) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.

(٤) السرائر: في نوادر القضاء ج ٢ ص ١٩٩. (٥) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٧.

(٦) كنز العرفان: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢. (٧) زبدة البيان: في الحجر وأحكامه ص ٤٨٠.

(٨) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٤ و ١٤٥.

(٩) السرائر: في الصوم ج ١ ص ٣٦٧. (١٠) المقتصر: في كتاب الحجر ص ١٩٤.

(١١) مجمع البيان: في تفسير سورة النساء آية ٦ ج ٣ ص ٩.

الرموز[١]» إجماع الأصحاب عليه. وهو أيضاً ظاهر «آيات الأسترآبادي[٢]». وفي «المختلف[٣] وغاية المرام[٤]» أنّه المشهور، بل قد تشعر عبارة «الشرائع[٥] واللمعة[٦]» بدعوى الإجماع حيث لم ينقل فيهما خلافاً في الذكر مع نقلهما له في الاُنثى خاصّة. وقد حكيت الشهرة على الحكمين في «المهذّب البارع[٧] والروضة[٨] ومجمع البرهان[٩] والكفاية[١٠] والمفاتيح[١١]».

وممّا صرّح فيه بالحكمين حجر «المبسوط[١٢]» وصومه وحجر «الخلاف والغنية» كما سمعت وحجر «فقه القرآن» للراوندي[١٣] وصوم «السرائر[١٤]» ونوادر قضائها كما عرفت ووصاياها وحجر «الشرائع[١٥]» وصومها وحجر «النافع[١٦] وكشف الرموز[١٧] والتذكرة[١٨] والتحرير[١٩] والإرشاد[٢٠]

---

(١) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٢.

(٢) لا يوجد لدينا كتابه، وذكره الشيخ الطهراني في الذريعة بعنوان «آيات الأحكام» راجع الذريعة: ج ١ ص ٤٣.

(٣) مختلف الشيعة: في الحجر ج ٥ ص ٤٣٢. (٤) غاية المرام: في الصوم ج ١ ص ٣٣٢.

(٥) المذكور في الشرائع (في كتاب الصوم ج ١ ص ١٩٨) هو أنّ البلوغ في الرجال خمس عشرة سنة على الأظهر والتسع في النساء، ونحو عبارته هذه عبارته في الحجر ج ٢ ص ١٠٠، وهذا ينبئ عن الاتّفاق في حكم الاُنثى لا الذكر، فراجع.

(٦) اللمعة الدمشقية: في الصوم ص ٦١. (٧) المهذّب البارع: في الحجر ج ٢ ص ٥١٣ و ٥١٥.

(٨) الروضة البهية: في الصوم ج ٢ ص ١٤٤. (٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٨٧.

(١٠) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.

(١١) مفاتيح الشرائع: في ما يتحقّق به التكليف ج ١ ص ١٤.

(١٢) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣، وفي الصوم ج ١ ص ٢٦٦.

(١٣) فقه القرآن: في الحجر ج ٢ ص ٧٣.

(١٤) السرائر: في الصوم ج ١ ص ٣٦٧، وفي الوصايا ج ٣ ص ٢٠٦.

(١٥) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٠، وفي الصوم ج ١ ص ١٩٨.

(١٦) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠. (١٧) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٢ ـ ٥٥٣.

(١٨) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٧. (١٩) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٤.

(٢٠) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٥.

والتبصرة[1] والإيضاح[2]» وصوم «التحرير[3] واللمعة[4] وكنز العرفان[5] وجامع المقاصد[6] والجعفرية[7]» وصوم «الروضة[8]» وحجر «المسالك[9] وآيات الأردبيلي[10]» وصلاة «المفاتيح[11]».

وممّا صرّح فيه باعتبار الخمس عشرة في الذكر «جوامع الجامع[12]» وخمس «الوسيلة[13]» وصوم «جامع الشرائع[14]» وحجره وجهاد «المنتهى[15] والتذكرة[16] والفقيه[17]» في موضعٍ منه.

وفي «التذكرة[18] والمسالك[19]» أنّ بلوغ الذكر لا يحصل بالطعن في الخمس عشرة بالاستصحاب وفتوى الأصحاب، وظاهرهما الإجماع.

وممّا نصّ فيه على بلوغ الأُنثى بالتسع وسكت فيه عن ذِكر الذكر صلاة «النهاية[20]»

---

(١) تبصرة المتعلّمين: في الحجر ص ١١٣. (٢) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥١ـ٥٢.
(٣) تحرير الأحكام: في الصوم ج ١ ص ٤٨٥.
(٤) اللمعة الدمشقية: في الصوم ص ٦١. (٥) كنز العرفان: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٦) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٢.
(٧) الرسالة الجعفرية (رسائل المحقّق الكركي: ج ١) في الصلاة ص ١٢١.
(٨) الروضة البهية: في الصوم ج ٢ ص ١٤٤.
(٩ و١٩) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٤. (١٠) زبدة البيان: في الحجر ص ٤٨٠.
(١١) مفاتيح الشرائع: في ما يتحقّق به التكليف ج ١ ص ١٤.
(١٢) جوامع الجامع: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ١ ص ٢٧٣.
(١٣) الوسيلة: في الخمس ص ١٣٧.
(١٤) الجامع للشرائع: في الصوم ص ١٥٣، وفي الحجر ص ٣٦٠.
(١٥) منتهى المطلب: في الجهاد ج ٢ ص ٩٦٣ س ٣١.
(١٦) تذكرة الفقهاء: في الجهاد ج ٩ ص ٢٩٢.
(١٧) من لا يحضره الفقيه: في الصوم ذيل الحديث ١٩٠٧ ج ٢ ص ١٢٢.
(١٨) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٨.
(٢٠) لم نعثر على ذكر التسع للأنثى في صلاة النهاية وإنّما عثرنا عليه في وصاياها، وأمّا سكوته عن ذكر الرجل فقد سكت في الوصايا عن ذكره مع ذكره للأُنثى، فراجع النهاية كتاب الصلاة ص ٧٤ وكتاب الوصايا ص ٦١٢.

ووصايا «المهذّب[١]» ونكاحه ونكاح «الوسيلة[٢]».

فقد انحصر الخلاف في بلوغ الذكر في أبي عليّ فيما حكي[٣] عنه حيث قال: إنّه أربع عشرة. وظاهر «الفقيه[٤]» في باب انقطاع يتم اليتيم أنّه يحصل باستكمال ثلاث عشرة والدخول في الأربع عشرة، وكأنّه صار إليه بعض متأخّري المتأخّرين كالأردبيلي[٥] وصاحب «المدارك[٦]» وصاحب «الكفاية[٧]» وحكاه فيها ـ أي في «الكفاية» ـ عن ظاهر التهذيب والاستبصار. وحكاه في «المدارك» قولاً ولم يعيّن القائل كما ستعرف، لكنّه في «الفقيه[٨]» تردّد في الحدّ الّذي يؤخذ فيه الصبيان بين الأربع عشرة والخمس عشرة وهو ينافي الأوّل وإن بقي متردّداً بين الأربع عشرة والخمس عشرة. وقال في «المقنع[٩]»: إنّه يؤخذ ما بين أربع عشرة إلى ستّ عشرة. ومثله ما في «الخصال[١٠]» في أبواب الخمسة عشر، لكنّه في أبواب الثلاثة عشر ذكر أنّ بلوغه ثلاث عشرة إلى أربع عشرة، وفي موضع آخر من «الفقيه» وافق المشهور كما عرفت. ويلوح من قضاء «النهاية[١١]» العمل بحديث الثمالي المتضمّن أنّ بلوغ الصبيان ثلاث عشرة أو أربع عشرة، وقد يلوح أيضاً من «الاستبصار[١٢]» وستعرف الحال في هذه الأقوال.

---

(١) المهذّب: في الوصايا ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠، وفي النكاح ص ١٩٦.

(٢) الوسيلة: في النكاح ص ٣٠١.

(٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الحجر ج ٥ ص ٤٣١.

(٤) من لايحضره الفقيه: في انقطاع يتم اليتيم ح ٥٥١٩ ج ٤ ص ٢٢١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٠ ـ ١٩١.

(٦) مدارك الأحكام: في الصوم ج ٦ ص ١٥٩. (٧) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.

(٨) من لايحضره الفقيه: في الصوم ذيل الحديث ١٩٠٧ ج ٢ ص ١٢٢.

(٩) المقنع: في الصوم هامش ص ١٩٥.

(١٠) الخصال: في أبواب الخمسة عشر ح ٣ ج ٢ ص ٥٠١ وفيه «بين خمس عشرة سنة إلى ستّ عشرة سنة»، وفي أبواب الثلاثة عشر ح ٤ ج ٢ ص ٤٩٥.

(١١) النهاية: في القضايا والأحكام ص ٣٥٤.

(١٢) الاستبصار: في باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاة ح ١٥٦٠ ج ١ ص ٤٠٨.

والمخالف في الأُنثى ابن حمزة وابن سعيد في خمس «الوسيلة[١]» وصوم «الجامع[٢]» وحجره، ففي الأوّلين أنّ بلوغها بعشر سنين تامّة، وقد حكاه في «اللمعة[٣]» عن المبسوط. ولعلّه في موضع لم يعثر عليه، وفي الثالث بتسع أو عشر، وقد عرفت أنّه في نكاح «الوسيلة» وافق المشهور. وستسمع[٤] قول أبي عليّ من اعتبار التزويج والحمل مع التسع.

وقد ذكر في «المسالك[٥]» أنّ في بلوغ الذكر قولاً بالثلاث عشرة ولم يعيّن القائل، والالتفات فيه إمّا إلى قول ابن الجنيد وهو بعيد، لأنّه يجب أن يراد بالأربع عشرة في كلامه الدخول فيها وبالثلاث عشرة هنا إكمالها والدخول فيما بعدها. أو إلى قول الشيخ في «النهاية» من العمل بحديث الثمالي إن حمل على الأقلّ وهو غير متعيّن فيه، أو ما يلوح منه في «الاستبصار» من القول بالثلاث عشرة أخذاً برواية عمّار، لكنّها غير ضعيفة بل موثّقة، وهو قد قال: استناداً إلى رواية ضعيفة، واستفادة ذلك من «الاستبصار» محلّ نظر، إلّا أن يقال: إنّه التفات إلى ما في «الفقيه» في يتم اليتيم، وهو أيضاً بعيد في الجملة، على أنّه لاختلاف كلامه لا يتعيّن ذلك مذهباً له. وقد عرفت أنّ سبطه[٦] حكى القول بالدخول في الأربع عشرة ولم يعيّن القائل، ونحن لم نجد به قائلاً على التعيين، وإيراد الشيخ الحديث الدالّ عليه لا يقتضي كونه قولاً له، وكذا الصدوق وإن أورده في كتابه الّذي ذكر أنّه لا يورد فيه إلّا ما يفتي به، لأنّه قد أورد فيه أيضاً ما ينافيه، فلم يتعيّن ذلك مذهباً له.

---

(١) الوسيلة: في الخمس ص ١٣٧.
(٢) الجامع للشرائع: في الصوم ص ١٥٣، وفي الحجر ص ٣٦٠.
(٣) اللمعة: في الصوم ص ٦١.
(٤) سيأتي في ص ٣٣.
(٥) مسالك الأفهام: في الصوم ج ٢ ص ٤٩.
(٦) مدارك الأحكام: في الصوم ج ٦ ص ١٥٩.

وحكى في «مجمع البرهان[١]» قولاً بالدخول في الخمس عشرة واختاره، ولم أجد له في كلامهم عيناً ولا أثراً، ولعلّه ملتفت إلى قول أبي عليّ بالأربع عشرة بناءً على أنّ استكمالها إنّما يتحقّق بالدخول فيما بعدها، لكنّ الّذي يستفاد من «التنقيح[٢]» وغيره[٣] أنّ مذهب أبي عليّ الدخول في الرابعة عشرة.

وقد قال في «مجمع البرهان[٤]»: إنّ القول بالثلاث عشرة هو الظاهر من الشيخ في كتابي الأخبار، وقد سمعت[٥] ما حكاه عن ظاهرهما في «الكفاية» ونحن نمنع الظهور فيما ادّعياه، وذلك أنّ الشيخ أورد في باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاة من الكتابين الأحاديث الواردة في تأديب الصبيّ بالصلاة، وذكر في «التهذيب[٦]» حديث عمّار في جملة هذه الأخبار، ولم يذكر ما يوهم الأخذ به في تحديد البلوغ. وأمّا «الاستبصار[٧]» فإنّه أورد في أوّل الباب حديث عليّ بن جعفر في الغلام متى يجب عليه الصوم والصلاة؟ قال: إذا راهق وعرف الصوم والصلاة. وعقّبه بحديث عمّار، وهو هذا: عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال: إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك إذا أتى لها ثلاث عشرة أو حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم. ثمّ قال: فأمّا ما رواه... وساق الروايات المتضمّنة لأخذ الصبيان بالصوم إذا أطاقوه وبالصلاة بستّ سنين أو سبع سنين وفيما

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٠.
(٢) التنقيح الرائع: في الحجر ج ٢ ص ١٨٠.
(٣) كرياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٥٤.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٨٨ ـ ١٨٩.
(٥) تقدّم نقله فيها عنهما في ص ٢٦.
(٦) تهذيب الأحكام: في باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاة ح ١٥٨٨ ج ٢ ص ٣٨٠.
(٧) الاستبصار: في باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاة ج ١ ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

بين الستّ والسبع، وقال: فالوجه في هذه الأخبار أن نحملها على ضرب من الاستحباب والندب والتأديب والأدلّة على الوجوب لئلّا تتناقض الأخبار. وإيراد حديث عمّار في هذاالباب يقتضي كون الحديث المذكور وما قبله من جملة أخبار الباب، ومقتضى الجمع الّذي ذكره وجوب الصلاة عليه أو أخذه بها إذا راهق الحلم أو بلغ ثلاث عشرة سنة دون ما قبله، ولا دلالة في ذلك على كون الثلاث عشرة حدّاً للبلوغ كالمراهقة.

والّذي ينبغي أن يقال في كلام الشيخ إنّه إنما قصد بما ذكره مجرّد الجمع الرافع للتناقض دون أن يكون ذلك قولاً، فإنّ رواية عمّار صريحة في التسوية بين الغلام والجارية فيما تضمّنته من التحديد، وهو خلاف الإجماع في الأُنثى سواء أُريد منه التمرين أو تحديد البلوغ.

وما ذكر أيضاً من أنّ الظاهر ذهاب غير الشيخ أيضاً إلى التحديد بالثلاث عشرة فكأنّه أراد بغيره الصدوق كما يفصح عنه ما ذكره في كتاب البيع حيث قال: وفي تحقّقه بالشروع في الأربع عشرة قول قوي والإجماع على غيره غير معلوم، بل هو ظاهر الاستبصار والفقيه[1]. وقد عرفت الحال في ما في الكتابين، وعلى تقدير التسليم فلا ريب أنّهما لا يقدحان في الإجماع.

وأمّا صحيح عبدالله بن سنان أو حسنه الّذي اعتمد عليه بعض متأخّري المتأخّرين[2] ـ عن «أبي عبدالله عليه‌السلام قال: إذا بلغ الغلام أشدّه ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم وكتبت

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في المتاجر ج ٨ ص ١٥٤.

(٢) منهم السيّد العاملي في مدارك الأحكام: في الصوم ج ٦ ص ١٥٩، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٠، ومنهم السبزواري في كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٢.

عليه السيّئات وكتبت له الحسنات وجاز له كلّ شيء إلّا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً[١] ـ ففيه أوّلاً: أنّه لا يكافئ أدلّة المشهور، وثانياً: أنّه يمكن أن يكون المراد إذا بلغ حدّ النكاح في ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة، لا أنّ «ثلاث عشرة» بيان أو بدل من «أشدّ» أو يحمل الوجوب على تأكّد الاستحباب، ولا يضرّ الأوّل قوله «احتلم أو لم يحتلم» ولا الثاني قوله «كتبت عليه السيّئات» فليتأمّل. ولا يبعد أن يراد منه كمال العقل وتحقّق الرشد كما ورد في القرآن المجيد[٢]. وقال بعضهم[٣]: إنّه شاذّ، وهو كذلك لا بالتوجيه الّذي ذكرناه. وكذا غيره من الأخبار الاُخر كالصحيح والموثّقين والخبر المخالفة للمشهور المختلفة في الدلالة.

ويدلّ على المشهور في الذكور الاُصول الكثيرة والإجماعات الّتي كادت تبلغ اثني عشر إجماعاً من صريح وظاهر ومشعر به، بل هو معلوم، ومع ذلك قد اُيّدت بالشهرات المستفيض نقلها مع العلم بها، وأخبار الباب وهي بين عامّية وخاصّية.

فمن الاُولى النبويّان المرويّان في «الخلاف[٤] والغنية[٥] والتذكرة[٦] وكنز العرفان[٧]» وغيرها[٨] ففي أحدهما: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه واُخذت منه الحدود» ونحوه الآخر المرويّ عن ابن عمر.

وأمّا الأخبار الخاصّية فمنها خبر حمران[٩] عن أبي جعفر عليه السلام: أنّ الجارية إذا

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ١١ ج ١٣ ص ٤٣١.
(٢) النساء: ٦.
(٣) كالسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٥٥.
(٤) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٣ مسألة ٢.
(٥) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٥ و١٩٦.
(٧) كنز العرفان: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٨) كرياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٥٣.
(٩) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب أحكام الحجر ح ١ ج ١٣ ص ١٤٢ ـ ١٤٣.

تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع إليها مالها، ـ إلى أن قال: ـ قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك. وقد رواه في مستطرفات «السرائر [1]» نقلاً من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب إلّا أنّه رواه عن حمزة بن حمران وحسنة الكناسي [2] عن الباقر عليه السلام قال: الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة، أو يشعر في وجهه، أو ينبت في عانته قبل ذلك. والشهرات والإجماعات تجبر ما هناك من سند أو دلالة، فلا يعرّج على ما يقال: إنّ البلوغ أعمّ من الإكمال والشروع، إذ النبوي إذا انجبر سنده كان نصّاً في المقام، على أنّه قال في «المسالك [3]»: إنّ الداخل في الخمس عشرة لا يسمّى ابن خمس عشرة لغةً ولا عرفاً، فليتأمّل.

وأمّا الصحيح [4] الّذي فيه «في كم يؤخذ الصبيّ بالصيام؟ قال: ما بينه وبين خمس عشرة سنة، أو أربع عشرة سنة» فإنّه ربّما يستدلّ به على المشهور لظهوره في عدم إلزامه بالصوم قبل الخمس عشرة، لمكان التخيير النافي للوجوب العيني، وحيث لا قول بالوجوب التخييري حتّى من أبي عليّ تعيّن حمل الأخذ فيه على الأخذ المستحبّ كما يشهد به صدره حيث قيل فيه: «في كم يؤخذ الصبيّ بالصلاة؟ قال: ما بين سبع وستّ سنين، فقال: في كم يؤخذ بالصيام؟» ... إلى آخر ما تقدّم، والأخذ الأوّل مستحبّ إجماعاً، فكذا الثاني جمعاً يقتضيه السياق. وتحديده إلى

---

(١) السرائر: في المستطرفات ج ٣ ص ٥٩٦.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٩ ج ١٤ ص ٢٠٩.

(٣) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٤.

(٤) الاستبصار: في باب الصبيان يؤمرون بالصلاة ح ٥ ج ١ ص ٤٠٩، ووسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب مَن يصحّ منه الصوم ح ١ ج ٧ ص ١٦٧.

الحدّ المذكور ظاهر أو صريح في ارتفاعه بالبلوغ إليه، وهو ملازم للوجوب بعده، إذ لا قائل بالإباحة حينئذٍ. وكيف كان فلا يدلّ على مذهب أبي عليّ ولا على ما مال إليه أو قال به بعض متأخّري المتأخّرين. وكذلك الخبر [١] الّذي تضمّن أنّه من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة، على أنّه ضعيف شاذّ كالموثّق [٢]: «إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات» ... الحديث. والموثّق [٣] الآخر: «إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة» ... الحديث. وقال «كاشف الرموز»: البلوغ يحصل بخمس عشرة، ولعلّ ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على أنّه احتلم أو أنبت [٤]، وهو جيّد جدّاً.

وأمّا الأخبار الدالّة على بلوغه بالعشر فهي كثيرة واردة في الطلاق [٥] والوصيّة [٦] غير مكافئة للأدلّة المتقدّمة، فيراد منها دفع الحجر عنه في الأُمور المذكورة كما ذهب إليه جماعة [٧]. ولا يلزم من ذلك حصول البلوغ تماماً. وهي مع قصور سندها معارضة أيضاً بأخبار أقوى منها تأتي إن شاء الله تعالى في الطلاق.

ويدلّ على بلوغ الأُنثى بالتسع الإجماعات من صريح وظاهر، وهي ثمانية معتضدة بما سمعته [٨] من الشهرات والأخبار المستفيضة. والقائل [٩] بالعشر لا مستند

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ٣ ج ١٣ ص ٤٣٢.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٨ ج ١٣ ص ٤٣٠.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٢ ج ١٣ ص ٤٣١.

(٤) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٢ ـ ٥٥٣.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٣٢ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ج ١٥ ص ٣٢٤.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٤٢٨ ـ ٤٣٠.

(٧) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٤، والشيخ في النهاية: في الوصية ص ٦١١، وابن فهد في المهذّب البارع: في الحجر ج ٢ ص ٥١٤.

(٨) تقدّم في ص ٢٥ ـ ٢٦.

(٩) تقدّم القائل بالعشر في ص ٢٣٩ بهوامش ٤٧ و٤٨.

له إلّا رواية مرسلة[١] قاصرة عن المكافئة. وما في الموثّق[٢]: «أنّها إذا أتى لها ثلاث عشرة سنةأو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليهاالصلاة»فهو شاذّقاصر عن المكافئة أيضاً، والأُصول مقطوعة بالأدلّة القاطعة. وما ذهب إليه أبو عليّ[٣] من عدم ارتفاع الحجر عنها إلّا بالتزويج والحمل فشاذّ لا مستند له.

هذا وظاهر «التذكرة والمسالك» إجماع الأصحاب على عدم كفاية الطعن في الخمس عشرةوالتسع بل لابدّمن إكمالهما، وهومقتضى الأُصول وظواهر النصوص والفتاوى الحاكمة بالبلوغ بهمابحكم التبادر والصدق عرفاًوعادة كماسمعت ذلك آنفاً[٤]

---

(١) ظاهر عبارة الشارح ـ كظاهر عبارة بعضٍ آخر من الأعلام ـ أنّ الخبر مرسل بإرسالها في المختلف (ج ٥ ص ٤٣١) والكفاية (ج ١ ص ٥٨٢) حيث قال في الأوّل: الحكم ببلوغ المرأة لتسع هو المشهور، وقد روي عشر سنين، انتهى. وقال في الثاني: بلوغ الأُنثى بخروج المني ونبات الشعر الخشن على العانة وبتسع على الأقرب المشهور ـ إلى أن قال: ـ وقد روي بعشر سنين انتهى. ونحن وإن لم نجد خبراً يدلّ على انحصار بلوغها في العشر إلّا أنّه ورد الخبر الصحيح الصريح بتخيير بلوغها بين التسع والعشر، فروى الكليني في الكافي (ج ٥ ص ٣٩٨ ح ٢) عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكير عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: «لايدخل بالجارية حتّى تأتي لها تسع سنين أو عشر سنين». ورواه بغير هذا الطريق أيضاً.

ورواه الصدوق في الخصال ج ٢ ص ٤٥ عن أبيه عن محمّد بن يحيى عن أحمد بن محمّد بن عيسى عن أبيه عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكير عن زرارة. ورواه أيضاً في الفقيه (ج ٣ ص ٤١٢) ورواه الشيخ في التهذيب (ج ٧ ص ٤١٠) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن موسى بن بكير عن زرارة.

ورجال الخبر على كلٍّ من الطرق الثلاثة ثقات مقبولون حسب ضوابط القوم، فالخبر صحيح صريح برواية المشايخ الثلاثة، ولا إرسال فيه، وأمّا دلالتها فالظاهر أنّها تامّة حيث يدلّ على أنّ عشر سنين حدّ البلوغ إمّا تخييراً أو معيّناً لبعضهنّ في بعض الشرائط المائية والترابية، وهذا هو الأظهر من الخبر، فتأمّل جيّداً.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب مقدّمات العبادات ح ١٢ ج ١ ص ٣٢.

(٣) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الحجر ج ٥ ص ٤٣٢.

(٤) تقدّم في ص ٢٧.

الرابع: الحيض والحمل دليلان على سبقه. ولا يُعرف الحمل إلّا بالوضع، فيُحكم حينئذٍ بالبلوغ قبل الوضع بستّة أشهر وشيء،

عن «التذكرة والمسالك» وقد سمعت قوله ﷺ في الخبر المروي في كتبنا مستفيضاً: «إذا استكمل المولود خمس عشرة» وما في الخبر: «إذا دخل بها ولها تسع سنين» وهما صريحان في ذلك. فمناقشته في «مجمع البرهان[1]» في ذلك واكتفاؤه بالطعن فيها لم تصادف محزّها.

هذا والمعتبر من السنين الهلاليّة ـ أعني القمرية دون الشمسية ـ لأنّ ذلك هو المعهود في شرعنا كما في «المسالك[2]» وهو كذلك، لأنّها المتبادرة لأن كانت هي المتعارفة.

قوله: ﴿الرابع: الحيض والحمل دليلان على سبقه﴾ كما هو صريح حجر «الشرائع[3] والإرشاد[4] والروضة[5] والمسالك[6]» وصوم «الروضة[7]» بل في الأخير[8] الإجماع عليه تارةً ونفي الخلاف عنداُخرى. وفي «مجمع البرهان[9]» الظاهر أنّهما دليلان بالإجماع. وفي «التذكرة[10]» الحيض في وقت الإمكان دليل البلوغ لا نعلم فيه خلافاً. وصريح حجر «المبسوط[11]» أيضاً وخمس «الوسيلة[12]» وصوم

(١ و٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩١.

(٢ و٦ و٨) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٤ ـ ١٤٦.

(٣) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٠.

(٤) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٥.

(٥) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠١.

(٧) الروضة البهية: في الصوم ج ٢ ص ١٤٤.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٨.

(١١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٣.

(١٢) الوسيلة: في الخمس ص ١٢٧.

«التحرير[1]» أنّ الحمل علم ودلالة. وهو ظاهر صوم «المبسوط[2]» ووصايا «النهاية[3] والمهذّب[4]» وحجر «التذكرة[5]» في أثناء كلامٍ له فيه، لكنّ ظاهر صوم «السرائر[6]» أنّ الحمل بلوغ. وهو ظاهر حجر «التحرير[7]» وكذا حجر «التذكرة[8]» في أوّل كلامه. وهو صريح نوادر (النوادر ـ خ ل) قضاء «السرائر[9]» ووصاياها وحجر «الجامع[10]» بل نسب في الأخير القول بأنّ الحمل دلالة إلى القيل، وهو غريب.

وأمّا المخالف في الحيض في الظاهر ففي صوم «المبسوط[11]» وحجره ووصايا «النهاية[12]» وخمس «الوسيلة[13]» ونكاحها وحجر «الغنية[14]» وصوم «السرائر[15]»

---

(١) تحرير الأحكام: في الصوم ج ١ ص ٤٨٥.

(٢ ـ ٤) لم يصرّح في هذه الكتب الثلاثة إلى أنّ الحيض علمٌ ودلالةٌ للبلوغ، بل ولا يظهر منها ظهوراً تطمئنّ به النفس، أمّا صوم المبسوط فعبارته هكذا: وأمّا البلوغ فهو شرط في وجوب العبادات الشرعية، وحدّه هو الاحتلام في الرجال والحيض في النساء، انتهى. والعبارة تحتمل الأمرين: الأوّل أنّ المراد هو أنّ الحيض بنفسه علّة تامة للبلوغ، الثاني أنّ المراد هو أنّه مظهرٌ ودليلٌ على حصول البلوغ، والّذي نسبه الشارح إلى المبسوط هو الثاني لا الأوّل، وليس في العبارة ما يدلّ على تعيين الثاني. وأمّا عبارة النهاية والمهذّب فكلاهما صريحان في أنّ حدّ بلوغ المرأة تسع سنين وليس فيهما ما يدلّ أو يشير إلى مسألة الحيض أصلاً. فراجع المبسوط: ج ١ ص ٢٦٦، والنهاية: ص ٦١٢، والمهذّب: ج ٢ ص ١١٩ ـ ١٢٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٩.

(٦) السرائر: في الصوم ج ١ ص ٣٦٧.

(٧) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٤.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٦.

(٩) السرائر: في نوادر القضاء ج ٢ ص ١٩٩، وفي الوصايا ج ٣ ص ٢٠٦.

(١٠) الجامع للشرائع: في الحجر ص ٣٦٠.

(١١ و١٢) تقدّم ما يتعلّق بصوم المبسوط ووصايا النهاية في هامش ١٤ و١٥، وراجع حجر المبسوط: ج ٢ ص ٢٨٣.

(١٣) الوسيلة: في الخمس ص ١٣٧، وفي النكاح ص ٣٠١.

(١٤) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.

(١٥) السرائر: في الصوم ج ١ ص ٣٦٧، وفي نوادر القضاء منه ج ٢ ص ١٩٩، وفي الوصايا منه ج ٣ ص ٢٠٦.

ونوادر قضائها ووصاياها وصوم «الجامع[١]» وحجر «التحرير[٢]» أنّ الحيض بلوغ، بل في «الغنية[٣]» الإجماع عليه. فالإجماعات متصادمة ظاهراً كالفتاوى، بل في «المسالك[٤]» لا خلاف في كونهما دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف في كونهما بلوغاً بأنفسهما. ويمكن الجمع بأن يكون المراد من كونهما بلوغاً بأنفسهما تعليق أحكام البلوغ في الشرع عليهما وإن كانا كاشفين عنه حقيقةً ودليلين على سبقه بالإنزال والسنّ. ويرشد إلى ذلك في عبارة «المسالك» قوله بعد ذلك بلا فاصل: أمّا الحيض فقد علّق الشارع أحكام المكلّف عليه في عدّة أخبار كقوله صلى الله عليه وآله: لا تقبل صلاة حائض إلّا بخمار[٥]. وقوله صلى الله عليه وآله لأسماء بنت أبي بكر: إنّ المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلّا هذا، وأشار إلى الوجه والكفّين[٦].

ويبقى الكلام في عبارة «الشرائع» حيث قال: إنّهما ليسا بلوغاً في حقّ النساء، بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ[٧]. وظاهره أنّه متردّد في دلالتهما مع أنّها إجماعية كما عرفت. ولعلّه إنّما أتى بـ«قد» المفيدة للتقليل لأنّهما مسبوقان غالباً بغيرهما من العلامات خصوصاً السنّ، ودلالتهما على البلوغ بحيث يتوقّف العلم به عليهما نادرة، فناسبه التقليل. ويمكن أن يكون التقليل في الحيض إشارة إلى ما قالوه[٨] في باب الحيض من أنّ الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضاً وإن كان

---

(١) الجامع للشرائع: في الصوم ص ١٥٣.
(٢) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٤.
(٣) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١.
(٤) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٥.
(٥) المستدرك على الصحيحين: ج ١ ص ٢٥١، والسنن الكبرى: ج ٦ ص ٥٧.
(٦) سنن أبي داود: ح ٤١٠٤ ج ٤ ص ٦٢، والسنن الكبرى: ج ٧ ص ٨٦.
(٧) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٠.
(٨) منهم المحقّق في الشرائع: في الطهارة ج ١ ص ٢٨، والعلّامة في القواعد: ج ١ ص ١٤، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ١ ص ٢٨٤.

بصفته، وإنّما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها. وحينئذٍ تنتفي فائدة دلالته، لأنّه قبلها لااعتبار به وبعدها لايحتاج إليه. ويمكن أن يقال[1]: تظهر الفائدة في المجهول سنّها فإنّهاإذا رأت ما هوبصفته جامعاًلشرائطه في القلّة والكثرة يحكم بكونه حيضاً ويكون دليلاً على سبق البلوغ، ولا يحكم بكونه قبل التسع، مع أنّ الغالب في مثله أن لا يقع إلّا بعد التسع، وحينئذٍ تتناوله دلالة النصوص على كون الحيض موجباً للأحكام، لأنّه حيض لغةً وعرفاً.

ومعنى دلالتهما على سبقه أنّهما إذا وقعا نحكم ببلوغ المرأة قبلهما، فلو أوقعت عقداً قبلهما بلا فصل نحكم بصحّته*.

---

* ـ وليعلم أنّه لا فرق بين الدليل والعلم والأمارة والدلالة في كلامهم في هذه المقامات، لكن قد يُستعمل الدليل في نفس البلوغ والسبب كما احتملناه آنفاً في عبارة «التحرير». ولقد رأيت الشهيد[2] يفرّق بين الدليل والأمارة بفرقٍ غير سديد على الظاهر المعروف من كلامهم، قال: الدليل لا يتأخّر عن المدلول، والأمارة قد تقارن وقد تتأخّر بمعنى تنفكّ، فإن أراد أنّ ذلك مراد في المقام فأوّل ممنوع، وإن أراد في غيره فمسلّم، إذ قد نسمع بكاء أهل الملك فيمكن أنّه قد مات ويمكن أنّه أُغمي عليه (منه قدّس سرّه).

---

(١) كما في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٤٦.

(٢) لم نعثر على هذا الكلام من الشهيد في كتبه. ولايخفى أنّ ما ذكره الشهيد حسب ما نقل عنه الشارح من الفرق بين الدليل والأمارة لا يرجع إلى محصّل ولا تنطبق على موارد استعمالهما في المحاورات ولا في الاصطلاحات، فإنّ كلّ واحد منها يدلّ على سبق ما يُنبئ عنه الدليل والعلم والأمارات، بل ولا يمكن غير ذلك خارجاً، ولا يمكن تصحيح ما ذكره الشهيد في الدليل إلّا بتجشّم عسير، فإنّ الدليل ما يدلّ وهو ينبئ عن سبق المدلول، والعلم الحقيقي الصحيح ما يدلّ على سبق المعلوم، وإلّا فلايصحّ إطلاقه، بل الصحيح بناءً على عدم سبقه إنّما هو إطلاق العلّة عليه بناءً على مذاق بعض فلاسفة المسلمين، ومع ذلك لا يناسب إطلاقه أيضاً إلّا في حقّ علم الله تعالى واما الأمارة فأمرها ظاهر، فمابيّنه الشهيد غير سديد حسب ما ذكره الشارح.

والخنثى المشكل إن أمنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حُكم ببلوغه، وإلّا فلا.

وأمّا الرُشد فهو كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء،

وليعلم أنّ الولد لا يتيقّن إلّا بالوضع، فإذا وضعت حكمنا بالبلوغ قبل الوضع لستّة أشهر وشيء إن ولدته تامّاً. ولا فرق بين كون ما ولدته تامّاً وغير تامّ إذا علم أنّه آدمي أو مبدأ نشوئه كالعلقة كما في «التذكرة[1] والمسالك[2]».

قوله: ﴿والخنثى المشكل إن أمنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حُكم ببلوغه، وإلّا فلا﴾ قد تقدّم[3] الكلام فيه مفصّلاً.

[في المراد من الرشد المعتبر في رفع الحجر]

قوله: ﴿وأمّا الرُشد فهو كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء﴾ كما في «المهذّب البارع[4] وإيضاح النافع وجامع المقاصد[5]» عند بيان الاختبار و«المسالك[6]» في موضعين منه و«الروضة[7] ومجمع البرهان[8]» وهو قضية «التذكرة[9]» في تذنيب ذكره. ونحوه

(١ و٩) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٩٩ و٢٢٤.

(٢ و٦) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٦ و١٤٨ و١٥٠.

(٣) تقدّم الكلام فيه في ص ٢٠ ـ ٢٢.

(٤) المهذّب البارع: في الحجر ج ٢ ص ٥١٦.

(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٣ و١٨٤.

(٧) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠١.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٤.

ما في «التبصرة[١]» وكذا «الإرشاد[٢]» ولم تذكر الملكة في «المبسوط[٣] والخلاف[٤] وفقه القرآن[٥] ومجمع البيان[٦] والغنية[٧] والشرائع[٨] والنافع[٩] وكشف الرموز[١٠] والتحرير[١١] والمختلف[١٢] والمقتصر[١٣] وكنز العرفان[١٤] والتنقيح[١٥]» وإنّما ذكر فيها كلّها في بيانه أن يكون مصلحاً لماله، لكنّ كلام أكثر هؤلاء في بيان الاختبار ـ كما ستسمع[١٦] ـ يعطي اعتبارها، أي الملكة.

وفي «مجمع البيان» أنّ المراد به العقل وإصلاح المال، وهو المروي عن الباقر عليه السلام[١٧]. قلت: حذف العقل من تعريف الرشد في عبارات الأصحاب مع وجوده في الخبر لأنّ المفروض حصول العقل بل والبلوغ، والغرض حصول ما يعتبر بعد ذلك. وأرسل في «مجمع البحرين[١٨]» عن الصادق عليه السلام[١٩] في تفسير الآية أنّه حفظ المال.

---

(١) تبصرة المتعلّمين: في الحجر ص ١١٣.
(٢) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٥.
(٣) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٤.
(٤) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٣ مسألة ٣.
(٥) فقه القرآن: في الحجر ج ٢ ص ٧٣.
(٦ و١٧) مجمع البيان: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ٣ ص ٩.
(٧) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢.
(٨) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٠.
(٩) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.
(١٠) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٣.
(١١) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٥.
(١٢) مختلف الشيعة: في الحجر ج ٥ ص ٤٣١.
(١٣) المقتصر: في الحجر ص ١٩٥.
(١٤) كنز العرفان: في الحجر ج ٢ ص ١٠٣.
(١٥) التنقيح الرائع: في الحجر ج ٢ ص ١٨١.
(١٦) سيأتي الكلام فيه في ص ٥٠ ـ ٥٨.
(١٨) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٥٠ مادّة «رشد».
(١٩) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب أحكام الحجر ح ٤ ج ١٣ ص ١٤٣.

وفي «آيات المقدّس الأردبيلي» أنّه يكفي في الرشد حفظ المال فقط بحيث لا يعدّ مضيّعاً له، وإن تصرّف لا يتصرّف تصرّفاً غير لائق بحاله، ولا يحتاج إلى كون ذلك ملكة، ولا يحتاج إلى القدرة على الكسب، ولا يضرّ عدم الكسب بل تركه تحصيل المال، لأنّ كلّ أحد ليس ممّن له كسب أو قدرة على تحصيل المال، فما ذُكر في كتب الفقه مثل شرح الشرائع محلّ تأمّل[1]. وقد قال في «مجمع الفائدة والبرهان»: لا خلاف ولا كلام في اعتبار إصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكة يقتدر بها على حفظه وصرفه في الأغراض الصحيحة لا غير، لا بمعنى أنّه فعل مرّة اتفاقاً، بل يكون ذلك من عقله ومعرفته. وقال أيضاً: والظاهر أنّه لا يعتبر تكرار الفعل للملكة ولا اشتغاله بعمل يحصل به المال. فالّذي يترك صنعة أبيه ليس بسفيه، ولا القدرة على حفظ الموجود وتحصيل المعدوم من المال كما اعتبره في «شرح الشرائع[2]». قلت: يأتي[3] الحال في كلام القوم.

وأمّا حديث الملكة فليس الرشد إلّا كالعدالة والشجاعة والكرم والجبن والبخل، وهي إنّما تعرف بآثارها، ولا يكفي فيها المرّة ولابدّ فيها من التكرار مراراً يحصل بها غلبة الظنّ، إذ الملكة لا يعرف حصولها بمرّة، كذا في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» وغيرها[7]. قلت: المدار على حصول العلم بتلك الملكة لا على حصول الملكة بتلك الأفعال الّتي ذكروها. فإذا رأيناه إذا أراد البيع ونحوه من الأفعال يتوقّف

---

(١) زبدة البيان: في الحجر وأحكامه ص ٤٨١.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٤.
(٣) سيأتي الكلام فيه في ص ٥٠ ـ ٥٨.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٤.
(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٤.
(٦) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٠.
(٧) كرياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦١.

ولا تعتبر العدالة،

حتّى يتبيّن الحال ويصبر حتّى يتحقّق الأمر بحيث لا يغبن ولا يضيع ولا يتساهل ولا يتسامح ـ بل مع تبصّر وتدبّر ـ علمنا حصول الملكة، ولا نحتاج إلى علمٍ سابقٍ ومعرفةٍ قديمة ولا تكرار الفعل كما قد يستفاد ذلك من «المبسوط» كما ستسمع [1] كلامه برمّته.

وأمّا اعتبار الرشد في رفع الحجر ودفع المال فقد دلّ عليه الكتاب المجيد كقوله جلّ شأنه ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [2] والإجماع المحكي في «الغنية [3] والتذكرة [4] والمسالك [5] ومجمع البرهان [6]» وظاهر «نهج الحقّ» [7] حيث نسبه إلى الإمامية، بل في «التذكرة» في موضع آخر أنّه لو بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله وإن صار شيخاً وطعن في السنّ عند أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر، وقصر الخلاف على أبي حنيفة [8].

قوله: ﴿ ولا تعتبر العدالة ﴾ عند أكثر أهل العلم كما في «التذكرة [9] والمسالك [10]» وعند الأكثر كما في «المقتصر [11] ومجمع البرهان [12]». وفي «الرياض [13]» بعد نسبته

---

(١) سيأتي كلامه في ص ٥١.

(٢) النساء: ٦.

(٣) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥١ و٢٥٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٥ و٢٠٦.

(٥) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٠.

(٦ و١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٣ و١٩٥.

(٧) نهج الحقّ وكشف الصدق: في الحجر ص ٤٩٢.

(٨ و٩) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٤ و٢٠٣.

(١٠) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٩.

(١١) المقتصر: في الحجر ص ١٩٥.

(١٣) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٥٨.

إلى الأكثر قال: بل عليه عامّة مَن تأخّر. وفي «الروضة [١] والكفاية [٢]» أنّه المشهور.

وقد طفحت عباراتهم أنّ المفهوم من الرشد عرفاً إصلاح المال. وفي «التنقيح [٣]» أنّه لا شكّ فيه عند العرف. وفي «مجمع البرهان [٤]» أنّه هو الظاهر المتبادر منه عرفاً وأنّه هو الّذي ذكره الأصحاب. قلت: والعرف مقدّم على اللغة إن ثبت أنّ اللغة في خصوص المقام على خلافه كما حرّر في فنّه. ثمّ إنّ الفسق أمرٌ شرعي مغاير للرشد من حيث هو هو، فكيف يعتبر ما لا مدخلية لهم في فهمه فيما هو متداول بينهم ومتعارف عندهم تعارفاً شائعاً؟ وعن «الكشاف [٥]» أنّ الرشد الهداية. وفي «القاموس [٦]» الاهتداء، ولعلّ المراد به في المقام الاهتداء إلى إصلاح المال. نعم في «النهاية [٧] والصحاح [٨]» أنّ الرشد خلاف الغيّ، وقد فسّر فيهما بالضلال.

وكيف كان، فالقائل بعدم اشتراط العدالة: أبو عليّ فيما حكي [٩] عنه، و«كاشف الرموز [١٠]» على الظاهر منه، والمصنّف في «المختلف [١١] والتذكرة [١٢] والتحرير [١٣]» إن كان فسقه لا يستلزم التبذير، والشهيدان في «الحواشي [١٤] واللمعة [١٥] والمسالك [١٦]

(١) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٢.
(٢) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٣. (٣) التنقيح الرائع: في الحجر ج ٢ ص ١٨١.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٤.
(٥) تفسير الكشاف: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ١ ص ٤٧٣.
(٦) القاموس المحيط: ج ١ ص ٢٩٤ مادّة «رشد».
(٧) النهاية لابن الأثير: ج ٢ ص ٢٢٥ مادّة «رشد». (٨) الصحاح: ج ٢ ص ٤٧٤ مادّة «رشد».
(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الحجر ج ٥ ص ٤٣١.
(١٠) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٣.
(١١) مختلف الشيعة: في الحجر ج ٥ ص ٤٣١.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٤.
(١٣) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٥.
(١٤) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.
(١٥) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢.
(١٦) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٤٨.

والروضة[١]» وأبو العباس في «المقتصر[٢]» والمقداد في «كنز العرفان[٣] والتنقيح[٤]» إن لم يستلزم الفسق تبذيراً، والفاضل الكركي في «جامع المقاصد[٥]» والفاضل القطيفي في «إيضاح النافع» والمقدّس الأردبيلي في «آياته[٦] ومجمع برهانه[٧]» والخراساني في «كفايته[٨]» والكاشاني في «المفاتيح[٩]» وشيخنا في «الرياض[١٠]» وهو ظاهر كلّ مَن اقتصر على إصلاح المال «كالإرشاد[١١]» والتقييد في «التذكرة والتحرير والتنقيح» بما إذا كان الفسق لا يستلزم التبذير ليس تفصيلاً في المسألة، لأنّ التحجير على هذا الفاسق مخلّ وفاق كما في «التذكرة[١٢]» ومحل النزاع إنّما هو الفسق الّذي لا يستلزم التبذير.

والمخالف الشيخ في «الخلاف[١٣] والمبسوط[١٤]» والراوندي في «فقه القرآن[١٥]» وأبو المكارم في «الغنية[١٦]» وفخر الإسلام في «شرح الإرشاد[١٧]» حيث قالوا: أن

---

(١) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٢.

(٢) المقتصر: في الحجر ص ١٩٥.

(٣) كنز العرفان: في الحجر ج ٢ ص ١٠٣ و ١٠٤.

(٤) التنقيح الرائع: في الحجر ج ٢ ص ١٨١.

(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٣.

(٦) زبدة البيان: في الحجر ص ٤٨١.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٥ ـ ١٩٦.

(٨) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٤.

(٩) مفاتيح الشرائع: في علامات الرشد ج ٣ ص ١٨٧.

(١٠) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٥٨.

(١١) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٥.

(١٢) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٤.

(١٣) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٣ مسألة ٣.

(١٤) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٤.

(١٥) فقه القرآن: في الحجر ج ٢ ص ٧٣. (١٦) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢.

(١٧) شرح الإرشاد للنيلي: في الحجر ص ٥٥ س ١٧ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

يكون مصلحاً لماله عدلاً في دينه. وفي «الغنية[١]» الإجماع عليه. والمحقّق في كتابيه[٢] متردّد.

وما في «الرياض[٣]» من أنّ عبارة الشيخ المحكية غير صريحة فيه ولا ظاهرة من حيث التعبير بالاحتياط الظاهر في الاستحباب فلم يبق قائل به صريحاً بل ولا ظاهراً إلّا مدّعي الإجماع ـ يعني صاحب الغنية ـ غير صحيح، لأنّ الشيخ قال في «المبسوط[٤]»: وإيناس الرشد منه أن يكون مصلحاً لماله عدلاً في دينه، فأمّا إذا كان مصلحاً لماله غير عدلٍ في دينه أو كان عدلاً في دينه غير مصلحٍ لماله لا يدفع إليه ماله، ولم يتعرّض فيه لذكر الاحتياط أصلاً. ومثله عبارة «الخلاف[٥]» حرفاً فحرفاً، غير أنّه قال: وحدّ الرشد موضع قوله في المبسوط «وإيناس الرشد» نعم قال في «الخلاف[٦]» بعد عدّة مسائل: إذا صار فاسقاً إلّا أنّه غير مبذّر فالأحوط أن يحجر عليه، ثمّ نقل عن الشافعي قولين ثمّ قال: دليلنا قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾[٧] وروي عنهم عليهم السلام أنّهم قالوا: «شارب الخمر سفيه»[٨] فوجب أن يمتنع دفع المال إليه، فقد صرّح بوجوب منعه. ونحوه ما في «الغنية[٩]».

ثمّ إنّ كلامه هذا في مقامٍ آخر كما يرشد إليه صريح كلامه في «المبسوط[١٠]»

(١ و ٩) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢ و ٢٥٣.
(٢) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٠، والمختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.
(٣) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٥٩.
(٤) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٤.
(٥) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٣ المسألة ٣.
(٦) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٩ مسألة ٨.
(٧) النساء: ٥.
(٨) وسائل الشيعة: ب ٤٦ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٤٣٥، وعوالي اللآلي: ح ٧ ج ٣ ص ٢٤٠.
(١٠) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٥.

قال: وإذا بلغ الصبيّ وأُونس منه الرشد ودفع إليه ماله ثمّ صار مبذّراً مضيّعاً لماله حجر عليه، وإذا صار فاسقاً إلّا أنّه غير مبذّر فالظاهر أنّه يحجر عليه، ثمّ استدلّ بالآية والرواية كما في «الخلاف [١]». فالمسألتان مختلفتان، إذ محلّ النزاع في الابتداء، وما قيل [٢] فيه «إنّه أحوط» إنّما هو في الاستدامة، على أنّ عبارة «الغنية» كعبارة «الخلاف» وكأنّه لم يلحظ كلامه في الغنية إلى آخره.

فإن كان عوّل شيخنا في «الرياض» على «المختلف [٣]» فهلّا عوّل على صريح كلامه أوّلاً الناصّ على أنّ الشيخ في المبسوط والخلاف اشترط العدالة، ثمّ إنّه في «المختلف» بعد عدّة مسائل ذكر هذه المسألة ـ أعني ما إذا صار فاسقاً ... إلى آخره ـ وقال: إنّه بناه على أصله من اشتراط العدالة في الرشد. وسبب ذلك ضعف التأمّل وقلّة التلبّث، ولو تأمّل لعرف أنّ المسألتين مختلفتان وأنّه في «المبسوط» قال: والظاهر أنّه يحجر عليه ولم يقل الأحوط وفي «الخلاف» صرّح بوجوب الحجر فلا يكون الاحتياط مراداً به الاستحباب.

ثمّ إنّ المصنّف في «التذكرة [٤]» قال: إذا طرأ الفسق الّذي لا يتضمّن تضييع المال ولا تبذيره فإنّه لا يحجر عليه إجماعاً، فكأنّه لم يحتفل بخلاف الشيخ وابن زهرة في المقام، مع أنّه قد يظهر من «الغنية [٥]» الإجماع عليه، وقد تناقل إجماع «التذكرة» جماعة [٦] ممّن تأخّر وعوّلوا على المختلف في النقل ولم يراجعوا الأُصول.

---

(١) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٨ مسألة ٧.

(٢) كما في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٤٩، والرياض: ج ٨ ص ٥٦٠.

(٣) مختلف الشيعة: في الحجر ج ٥ ص ٤٣١ و٤٣٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٥.

(٥) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٣.

(٦) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٦، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٠ و٥٦١، والبحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على الصغير ج ٢٠ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣.

وليُعلم أنّ ترك المروّة ليس داخلاً في هذه العدالة عند الشيخ وموافقيه؛ لأنّه قال في «التذكرة[1]»: ومَن لا يتحفّظ من الأشياء المفضية إلى قلّة المروءة كالأكل في السوق وكشف الرأس بين الناس ومدّ الرجل عندهم وأشباه ذلك لا تُقبل شهادته ويُدفع إليه ماله إجماعاً.

حجّة المشهور الأصل، بمعنى أنّ الأصل الجواز والأصل عدم جواز منع الناس من أموالهم، وقد دلّ عليه العقل والنقل كتاباً وسنّةً وإجماعاً، خرج منه غير البالغ وغير الرشيد بالمعنى المتّفق عليه بالإجماع والنصّ وبقي الباقي، وأنّه علّق في الآية زوال الحجر برشد ما للتنكير ويصدق على المصلح لماله أنّ له رشداً، فتأمّل. ونقل[2] عن ابن عبّاس وغيره في تفسير الآية الشريفة أنّه إصلاح المال، وقد سمعت[3] ما في «مجمع البيان» عن الباقر عليه‌السلام حكاه عنه المقدّس الأردبيلي في «آياته[4]» وما في «مجمع البحرين» عن الصادق عليه‌السلام، ولأنّه ضرر في الجملة، وقد عرفت[5] معناه عرفاً وأنّ العرف مقدّم على اللغة، وأنّ الكافر لا يحجر عليه لكفره، فالفاسق أولى. وبعض هذه الأدلّة لا يخفى حالها.

ثمّ إنّه استدلّ في «المسالك[6]» على المختار بأنّ العدالة إنّما تعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة، فلو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المقتضي. قال: والشيخ لم يجعل التحجير إذا عرض الفسق بعد العدالة لازماً. قلت: قد عرفت أنّه يلتزمه ويجعله لازماً وكذلك صاحب «الغنية».

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٤.
(٢) نقله الطبرسي في مجمع البيان: في تفسير سورة النساء آية ٦ ج ٣ ص ٩.
(٣) تقدّم نقله في ص ٤١.
(٤) زبدة البيان: في الحجر وأحكامه ص ٤٨٦.
(٥) تقدّم في ص ٤٤.
(٦) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٤٩.

والمولى الأردبيلي[1] نسج على منوال «المسالك» وأخذ يعترض على الشيخ بأنّه لا فرق بين الابتداء والاستدامة عقلاً ولا شرعاً، وبأنّه لا شكّ أنّ عدم الرشد مانع وأنّ وجوده كافٍ في الزوال وموجب له بالنصّ والإجماع، والعدالة ما اعتبرت إلّا لكونها داخلة في مفهومه كما يرشد إليه استدلال القائل باعتبارها، فلو اعتبرت ابتداءً لزم اعتبارها استدامةً، وهو ظاهر. ويؤيّده أنّ الرشد بالمعنى الآخر ـ أعني إصلاح المال ـ شرط مطلقاً ابتداءً واستدامةً، ولا يقول الشيخ باشتراط العدالة في البقاء، ولأنّه لو اعتبرت لزم عدم جواز معاملة الفاسق مع أنّهم مجمعون على جوازها. وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنماً والعنب لمن يعمل خمراً ولا شكّ أنّه فاسق، بل يلزم أن لا تجوز المعاملة إلّا مع العلم بالعدالة بالمعاشرة وغيرها من طرق معرفتها، إذ لم يكن مجرّد الإسلام مع عدم ظهور الفسق كافياً في العدالة، لأنّ المعتبر الملكة، ولا يمكن دعوى ظهورها في المسلم لما نرى من أحوال المسلمين. ولا يكتفى في الرشد بالأصل والظاهر سواء كان إصلاح مال فقط أو مع العدالة بعد دلالة الأدلّة على وجوب الاختبار، وأنّ القول باشتراطها موجب لترك المعاملة والمناكحة وتعطيل المعيشة ومخالف لعمل الأُمّة بل الكتاب والسنّة بل في الأخبار ما يدلّ على جواز معاملة الفسّاق ... إلى آخر ما قال.

ونحوه ما في «المسالك[2]» من أنّه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال، لأنّ الناس إلّا النادر منهم إمّا فاسق أو مجهول الحال، والجهل بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط، وأنت قد عرفت[3] الحال وأنّ الشيخ وأبا المكارم يقولان باشتراطها في الاستدامة، ولا يرد عليهما شيء ممّا أورداه

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ١٩٦ ـ ١٩٧.

(٢) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٣) تقدّم في ص ٤٣ ـ ٤٥.

ـ أي الشهيد الثاني والمولى الأردبيلي ـ إلّا معاملة المعلوم فسقه كما ستسمعه أيضاً، إذ العدالة عند الشيخ[1] حسن الظاهر أو مجرّد الإسلام مع عدم ظهور الفسق، وهما موجودان في الناس إلّا النادر، فالأصل عند الشيخ والمفيد[2] وأبي عليّ[3] في المجهول الحال العدالة، والأصل في أقواله وأفعاله الصحّة. وأمّا الفسق فطار على هذا الأصل، فغلبته كغلبة المجاز على الحقيقة، فلا تعارض بين الأصلين، والقائل بحسن الظاهر يقول أصلان تعارضا فلابدّ من ظاهر يعضد أحدهما، وليس هو إلّا حسن الظاهر.

وشيخنا صاحب «الرياض[4]» بعد أن نقل ما حكيناه من كلام المسالك ومجمع الفائدة والبرهان قال: وفيه مناقشة، لعدم تماميّته إلّا على تقدير اشتراطها على الإطلاق وليست شرطاً كذلك، إذ قد صرّح الأصحاب بأنّ اعتبارها عند القائل به إنّما هو في الابتداء لا في الاستدامة. وعليه حكى الإجماع في التذكرة وبذلك صرّح القائلان في الكتب المذكورة وإن احتاطا باعتبارها أيضا في الاستدامة. فعلى هذا يمكن أن يمنع ما ذكر من المؤيّدات لاحتمال ابتنائها على وجه الصحّة وهو حصول العدالة ابتداءً وإن طرأ بعدها وصف الضدّ، ومرجعه إلى حمل أفعال المسلمين على الصحّة ولا يضرّ معه الجهل بالشرط في المسألة، كما لا يضرّ معه الجهل بكثير من الشروط المعتبرة في الأموال المبتاعة في أسواق المسلمين كالجلود المشترط فيها التذكية ومطلق الأموال المشترط في المعاملة عليها وابتياعها الملكية وعدم كونها سرقة، ومنه مفروض المسألة بالإضافة إلى شرط أصل الرشد الّذي هو إصلاح المال. فلو صحّ التمسّك بالمؤيّدات المزبورة لنفي اعتبار العدالة لصحّ التمسّك بها لنفي

---

(١) النهاية: باب تعديل الشهود ص ٣٢٥، والخلاف: في آداب القضاء ج ٦ ص ٢١٧ مسألة ١٠.

(٢) المقنعة: في القضاء والشهادات في البيّنات ص ٧٢٥.

(٣) نقل عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في صلاة الجماعة ج ٣ ص ٨٨.

(٤) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٠.

اعتبار أصل الرشد، لتساوي النسبة إليهما بالضرورة، فكما لا يضرّ الجهل بالشروط فيما عدا المسألة بناءً على حمل أفعال المسلم على الصحّة فكذلك فيها بالبديهة، انتهى.

وفيه مناقشة من وجهين، الأوّل: أنّهما هما اللذان نبّها على أنّها لا تشترط في الاستدامة عند القائل بها لمكان إجماع التذكرة وقالا: إنّها لو اعتبرت ابتداءً لاعتبرت استدامةً واستدلّا عليه بما سمعت[1]. وحينئذٍ تتوجّه الإيرادات الّتي أورداها على الشيخ وأيّدا بها المختار، لأنّهما حاولا أن ليس في غالب الناس عدالة لا ابتداءً ولا استدامةً، بل الغالب عدم حصولها ابتداءً وهو في سنّ الشباب وقرب عهده بعدم التكليف وإن أعطى كلامهما في بعض مطاويه ما فهم في الرياض، سلّمنا لكنّه ماذا عسى يجدي ما أجاب به في ردّ الإجماع على جواز معاملة الفاسق الّذي لا شكّ في فسقه كعملة الخمور وصانعي الأصنام والظلمة والحكّام وأتباعهم كما دلّت عليه الأخبار كما نبّه عليه المولى الأردبيلي، فكلامه إن تمّ فإنّما يتمّ بالنسبة إلى البعض.

الثاني: أنّ أوّل كلامه نصّ في أنّه ما رأى كلام الشيخ في كتابيه، وظاهره هنا حيث قال: صرّح القائلان في الكتب المذكورة أنّه رأى الكتب المذكورة، وهذا سهل وإن كان ليس بسهل، على أنّك قد علمت أنّ الشيخ وابن زهرة لا يفرّقان، وعرفت ما يمكن أن يجيب به عمّا أورد عليهما، ولا حاجة إلى ما تكلّفه شيخنا مع عدم تمامه.

وحجّة الشيخ وموافقيه ما قاله في «الخلاف» قال: دليلنا قوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[2] فاشترط الرشد، ومَن كان فاسقاً في دينه كان موصوفاً بالغيّ، ومن وصف بالغيّ لا يوصف بالرشد، لأنّ الغيّ والرشد صفتان متنافيتان لا يجوز اجتماعهما، ولأنّه إن كان عدلاً في دينه مصلحاً لماله فلا خلاف في جواز دفع المال إليه وليس على جواز الدفع مع انفراد إحدى الصفتين

---

(١) تقدّم في ص ٤٧.

(٢) النساء: ٦.

ويُعلم باختباره بما يناسبه من التصرّفات، فإن عُرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة إن كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسّب به والملازمة إن كان صانعاً وأشباه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساج في الأُنثى ـ إن كانت من أهلهما ـ وأشباهه حُكم بالرشد،

دليل. وروي عن ابن عبّاس أنّه قال في قوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً﴾ هو أن يبلغ ذا وقار وحلم وعقل [١]. ويدلّ أيضاً على ذلك قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [٢] والفاسق سفيه، والأخبار الّتي تفرّدنا بروايتها كثيرة في هذا المعنى [٣]، انتهى. ونحوه ما في «الغنية [٤]» مع زيادة دعوى الإجماع، ولم يستدلّ الراوندي. وقد يستدلّ لهم بالأصل والاحتياط. وقد يستدلّ له بخبر أبي الجارود كما يأتي [٥]. وليست هذه الأدلّة بتلك المكانة من الضعف كما قد يظنّ. ولذا تردّد المحقّق في كتابيه [٦]، وقد توجّه الجماعة [٧] لردّها وبيان حالها.

[في ثبوت الرشد بالاختبار]

قوله: ﴿ويُعلم باختباره بما يناسبه من التصرّفات، فإن عُرف منه

---

(١) الدرّ المنثور: في تفسير سورة النساء الآية ٦ ج ٢ ص ١٢١، والمجموع: ج ١٣ ص ٣٦٨.
(٢) النساء: ٥.
(٣) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٨٤ مسألة ٣.
(٤) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢.
(٥) سيأتي في ص ٥٥.
(٦) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٠، المختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.
(٧) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر، في أسباب الحجر ج ٩ ص ١٩٥ ـ ١٩٨، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في الحجر، في الرشد ج ٨ ص ٥٥٨ ـ ٥٦٠، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الحجر، في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٤٩.

جودة المعاملة وعدم المغابنة إن كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسّب به والملازمة إن كان صانعاً وأشباه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساج في الأُنثى ـ إن كانت من أهلهما ـ وأشباهه حُكم بالرشد﴾ لابدّ من الاختبار للأصل والكتاب[١] والإجماع والأخبار[٢]. وقد ذكر الشيخ في «المبسوط» كيفية الاختبار، وتبعه عليها الجماعة. قال في «المبسوط»: الأيتام على قسمين: ذكور وإناث، فالذكور على ضربين: ضرب يبتذلون في الأسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء، وضرب يصانون عن الأسواق، فالّذين يخالطون الناس فإنّه يعرف اختبارهم بأن يأمره الوليّ أن يذهب إلى السوق ويساوم في السلع ويقاول فيها ولا يعقد العقد، فإن رآه يحسن ذلك ولا يغبن فيه علم أنّه رشيد، وإلّا لم يفكّ عنه الحجر. وقيل: إنّه يشتري له بغير أمره، ويواطئ البائع على بيعها من اليتيم، وينفذه الوليّ إليه ليشتريها منه. وقيل: إنّه يدفع إليه شيء من المال يشتري به سلعة ويصحّ شراؤه للضرورة فيجيز. وإن كان اليتيم ممّن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فإنّ اختبارهم أصعب، فيدفع الوليّ إليهم نفقة شهر يختبرهم بها، فينظر فإن دفعوا إلى أُكرتهم وغلمانهم وعمّالهم ومعامليهم حقوقهم من غير تبذير وأقسطوا في النفقة على أنفسهم في مطاعمهم ومكاسبهم سلّم إليهم المال، وأمّا الإناث فإنّه يصعب اختبارهنّ، فيدفع إليهنّ شيئاً من المال ويجعل عليهنّ نساء ثقات يشرفن عليهنّ فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستنسجن ولم يبذّرن سلّم المال إليهنّ فإن كنّ بخلاف ذلك لم يسلّم إليهنّ[٣]، انتهى. وزيد في «التذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥]

---

(١) النساء: ٦.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب أحكام الحجر ج ١٣ ص ١٤٢، وب ٤٥ من أبواب أحكام الوصايا ص ٤٣٢.

(٣) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٤ـ٢٨٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٣ ـ ١٨٤.

والمسالك[1]» وغيرها[2] أنّه لابدّ من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظنّ ليعلم اتّصافه بالملكة، كما تقدّم نقله فيما مرّ[3] وكأنّ كلام المبسوط خالٍ عن ذلك.

وفي كلامهم جميعاً مناقشة من وجوه:

الأوّل: أنّ ظاهرهم التعيين، والظاهر خلاف ذلك، بل الضابط حصول العلم أو الظنّ المتاخم له بأنّه ضابط حافظ لماله لا يصرفه إلّا في الأغراض الصحيحة عند العقلاء بالنسبة إلى حاله كائناً من كان في أيّ شيء كان، ولا يتعيّن عليه في ذلك شيء من تجارةٍ أو نفقة، فكأنّ المدار كما قدّمنا[4] على العلم بحصول الملكة من التدبّر والتبصّر والصبر والتروّي حتّى يحقّق الأمر وينقرّ عنه لا على حصول الملكة بتكرّر هذه الأفعال، إلّا أن تقول: إنّ ذلك منهم ليس على سبيل التعيين.

الثاني: أنّ تسليم المال لأولاد الأكابر لينفقوه في مطاعمهم ومكاسبهم ومعامليهم مشكل قبل حصول العلم برشدهم*، إلّا أن تقول: إنّ هذا جاز للضرورة كما في بيع الاختبار، وهو خلاف المختار بل يتولّى البيع في المثال الوليّ كما هو الموافق للضوابط، ثمّ إنّ الموضوع فيما نحن فيه منتفٍ، إذ لا ضرورة لإمكانه بغيره كأن يوضع المال

---

* ـ إذ المفروض أنّ الابتلاء قبل البلوغ كما هو المعروف عندنا كما ستسمع[5] ولا تنفع إجازة الوليّ في العقد الذي ألغاه الشارع، وما قاله في «التذكرة[6]»: «إنّ هذا مستثنى» يحتاج إلى دليل، مع أنّه قال قبل ذلك في ذلك: إنّه يتولّاه الوليّ (منه قدّس سرّه).

---

(١) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥٠ ـ ١٥١.

(٢) كرياض المسائل: في ما يعلم به الرشد ج ٨ ص ٥٦١ ـ ٥٦٢.

(٣ و٤) تقدّم في ص ٤٢.

(٥) سيأتي في ص ٥٣ ـ ٥٥.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٥.

في يده وينظر حاله فيما إذا أراد بيعاً أو شراءً أو صرفاً في نفقته وغيرها، فإذا كان يحفظه ولا يفعل ما يريده إلّا بعد التدبّر والبحث دفع إليه كما قدّمنا، إذ المقصود تحصيل العلم بحفظ المال وعدم تضييعه وصرفه فيما لا يناسبه.

الثالث: أنّه لا باعث على تكليف المرأة بالغزل والاستغزال واكتساب المال، إذ الغرض حصول العلم أو الظنّ القريب منه بعدم تضييعها المال وحفظه وعدم صرفه في غير محلّه بأيّ وجهٍ كان، فتختبر بما قاله في «التذكرة»[1] وهو أن يفوّض إليها ما يفوّض إلى ربّة البيت، فإن كانت ضابطة في ذلك حافظة للمال الّذي في يدها فهي رشيدة.

والحاصل: أنّه لا يعتبر في رشدها ولا رشد الصبيّ مزاولة الكسب والاسترباح، إذ ليس كلّ أحدٍ له قدرة واستعداد على اكتساب المال، ولا يسمّى ذلك إصلاحاً للمال كما نبّه على ذلك كلّه المقدّس الأردبيلي[2]، إلّا أن ينعقد إجماع على أنّ المراد بإصلاح المال كونه مصلحاً له على الوجه اللائق بحاله عند العقلاء بالتنمية ونحوها كما صرّح به قوم[3] وأشار إليه آخرون[4]. وكيف كان فالاكتساب بالعمل لا نسلّم دخوله في إصلاح المال وإن سلّمنا دخول تنمية المال الحاضر في إصلاحه.

ومحلّ الاختبار قبل البلوغ كما في «المبسوط[5]» و«الشرائع[6]» و«التذكرة[7]» و«التحرير[8]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ٢٠٦ و٢٠٧.

(٣) منهم السبزواري في كفاية الأحكام: في موجبات الحجر ج ١ ص ٥٨٢، والشهيد الثاني في المسالك: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٤٨، والأردبيلي في المجمع: في الحجر ج ٩ ص ١٩٤.

(٤) منهم البحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على الصغير ج ٢٠ ص ٣٥١، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في ما يعلم به الرشد ج ٨ ص ٥٦١، والصيمري في غاية المرام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٨٥.

(٥) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٤.

(٦) شرائع الإسلام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٣.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٥.

(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٥٣٦.

والإرشاد[١] وغاية المراد[٢] وكنز العرفان[٣] وجامع المقاصد[٤] وتعليق الإرشاد[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧] والمفاتيح[٨]» وهو ظاهر عبارة الكتاب، لأنّ الضمير في قوله «باختياره» يعود إلى الصغير. ونحوها عبارة «اللمعة[٩]» وأظهر منهما عبارة «النافع[١٠]». والإجماع محكيّ عليه في ظاهر «التذكرة[١١] وغاية المراد[١٢]» وأظهر منهما في ذلك عبارة «المسالك[١٣]» ونحوها عبارة «المفاتيح[١٤]». قال في «المسالك»: هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا وإنّما خالف فيه بعض العامّة. والحاصل: أنّه لم يحك الخلاف في «التذكرة وغاية المراد والمسالك» إلّا عن بعض العامّة حيث جعله بعده، فالإجماع معلوم.

نعم قد حمل السيّد العميد في «كنز الفوائد[١٥]» والفخر في «الإيضاح[١٦]» والشهيد[١٧] وابن المتوّج[١٨] عبارة الكتاب ـ كما يأتي[١٩] ـ على أنّ الاختبار بعد البلوغ وجعلا

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام الحجر ج ١ ص ٣٩٧.
(٢ و ١٢) غاية المراد: في الحجر ج ٢ ص ٢٠٥.
(٣) كنز العرفان: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٤.
(٥) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) ص ٤٣٥.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٦.
(٧) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٤.
(٨ و ١٤) مفاتيح الشرائع: في علامات الرشد ج ٣ ص ١٨٨.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢.
(١٠) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.
(١١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٥.
(١٣) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٦.
(١٥) كنز الفوائد: في الدّين وتوابعه ج ١ ص ٥٣٥.
(١٦) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٢.
(١٧) الحاشية النجّارية: في الحجر ص ٧٤ س ١٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(١٨) لم نعثر على كتابه ولا على مَن يحكي عنه هذا القول.
(١٩) سيأتي في ص ٦٠.

البيع الواقع بالاختبار متفرّعاً على ذلك، وستعرف الحال في ذلك إن شاء الله. والمولى الأردبيلي[١] أخذ يتأمّل ويحتمل كونه بعد البلوغ ولم يجزم بالخلاف، وإنّما احتمل الأمرين على تأمّل منه، لكنّ في خبر أبي الجارود الّذي رواه عليّ بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام دلالة على أنّ الاختبار إنّما هو بالبلوغ وعدمه، فإذا علم بلوغه بأحد الأسباب دفع إليه المال إن آنس منه الرشد، وإلّا فلا قال: قال عليه السلام في قوله جلّ وعزّ شأنه ﴿وابتلوا اليتامى﴾ مَن كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز أن يعطيه حتّى يبلغ النكاح ويحتلم، فإذا احتلم ووجب عليه الحدود وإقامة الفرائض ولا يكون مضيّعاً ولا شارب خمر ولا زانياً فإذا آنس منه الرشد دفع إليه المال وأشهد عليه، فإذا كانوا لا يعلمون أنّه قد بلغ فليمتحن بريح إبطه أو نبت عانته، وإذا كان ذلك فقد بلغ فيدفع إليه ماله إذا كان رشيداً[٢] ... الحديث. وقد نمنع ظهوره في مخالفة الأصحاب، فإن كان ولابدّ قلنا هو شاذّ مخالف لما عليه الأصحاب، ويكفيك أنّ راويه سرحوب الشيطان الأعمى بصراً وبصيرةً الّذي لا شبهة في ذمّه.

وهل هو على سبيل الوجوب أو الجواز؟ صريح جماعة كالشهيد[٣] والمقداد[٤] والكركي[٥] وظاهر آخرين[٦] الأوّل، لأنّ تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدّي إلى الإضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه منه مع جواز كونه بالغاً رشيداً، لأنّ المنع يمتدّ إلى أن

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٨.

(٢) تفسير القمّي: في تفسير سورة النساء الآية ٥ ـ ٧ ج ١ ص ١٣١.

(٣) غاية المراد: في الحجر ج ٢ ص ٢٠٥.

(٤) كنز العرفان: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٢.

(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٤.

(٦) ومنهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ٢٠٧، ومنهم السيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في الحجر في ما يعلم به الرشد ج ٨ ص ٥٦٢، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٦.

يُختبر ويُعلم رشده، وربّما طال ما به يثبت العلم بالملكة، فإذا أمكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان أولى كما في «التذكرة[١] والمسالك[٢]» فتأمّل. وفي «غاية المراد[٣] وكنز العرفان[٤]» لو كان الاختبار بعد البلوغ لأدّى إلى الحجر على البالغ الرشيد، وهو خلاف الإجماع. وفي «جامع المقاصد[٥]» لو كان بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد، وهو ظلم محرّم، فيجب التحفّظ عنه، ولا يكون إلّا بالاختبار قبل البلوغ، فتأمّل.

وقد احتجّ أصحابنا على كونه قبل البلوغ بعد الإجماع بما ذكرنا من لزوم الضرر وبقوله جلّ شأنه ﴿وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[٦]. ووجه دلالة الآية من وجهين، الأوّل: أنّه سبحانه وتعالى جعل متعلّق الابتلاء اليتامى، والمراد باليتيم لغةً وشرعاً من لا أب له دون البلوغ، فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة، واللفظ يحمل على حقيقته إذا لم يمنع منها مانع، وهو منتفٍ هنا. الثاني: قوله جلّ شأنه: ﴿حتّى إذا بلغوا النكاح﴾ فقد جعل غاية اختبارهم البلوغ فدلّ على أنّ الاختبار قبله. وتنقيحه أنّ «حتّى» ابتدائية، لأنّ ما بعدها جملة شرطية والجزاء جملة أُخرى شرطية وهي «فإن آنستم» فالفاء الأُولى جواب الشرط الأوّل والثانية جواب الثاني.

وقول المولى الأردبيلي[٧]: إنّ ظاهر قوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٥.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٦.
(٣) غاية المراد: في الحجر ج ٢ ص ٢٠٥.
(٤) كنز العرفان: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٤.
(٦) النساء: ٦.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ٢٠٧.

إليهم أموالهم﴾ يدلّ على دفع المال بعد إيناس الرشد بلا فصل، فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الإعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ، وهو منفي بالإجماع. وقوله: «ولا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتم وأنّه من المعلوم أنّ الابتلاء لم ينته بالبلوغ» فكأنّه مقيّد بعدم الرشد، وغرضه بهذين الجواب عن دليلي الأصحاب فاسد قطعاً من وجهين، الأوّل: أنّه يلزم أن تكون «حتّى» الداخلة على الجملة الفعلية الّتي فعلها ماضٍ جارّة، والجمهور على خلاف ذلك كما نصّ عليه في «المغني [1]» في قوله جلّ شأنه ﴿حتّى إذا فشلتم﴾ [2] فنسب إلى الجمهور أنّ «حتّى» ابتدائية وأنّ «إذا» في موضع نصب بشرطها أو جوابها المحذوف وقدّروه «امتحنتم» مع أنّ الجواب هنا موجود. ونسب جعل «إذا» في قوله «إذا فشلتم» في موضع جرّ بـ«حتّى» إلى الأخفش وابن مالك، وقال: إنّ الجمهور على خلافهما. فما الباعث على مخالفة جمهور النحويّين وجميع الأصحاب وحمل القرآن على الوجه الشاذّ؟ على أنّ الأخفش وابن مالك إنّما تجرّيا على المخالفة في تلك الآية لعدم الجواب، ولا أظنّ أنّهما يحتملان ذلك في هذه الآية، لمكان وجود الجواب الّذي تناسق مع شرطه وتناسق جوابه معه.

الثاني: أنّه يلزم إخراج لفظ «اليتامى» عن حقيقته من دون باعثٍ وداعٍ إليه. ومَن ذهب إليه من العامّة ـ وهو بعض الشافعية [3] وأحمد [4] في إحدى الروايتين عنه ـ إنّما كان لأمرٍ آخر أشكل عليهما، وهو أنّ الصبيّ محجور عليه قبل البلوغ فتصرّفه غير نافذ فكيف يختبر؟ وقد أجابهما أصحابهما [5] وأصحابنا [6] بأنّه يختبر

---

(١) مغني اللبيب: في «حتّى» ص ١٧٤.

(٢) آل عمران: ١٥٢.

(٣) راجع المجموع: ج ١٣ ص ٣٦٩، والمغني لابن قدامة: ج ٤ ص ٥٢٤.

(٤) راجع المغني لابن قدامة: ج ٤ ص ٥٢٤، والشرح الكبير: ج ٤ ص ٥١٨.

(٥) راجع المجموع: ج ١٣ ص ٣٦٩.

(٦) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٧، والمحقّق

وفي صحّة العقد حينئذٍ إشكال،

بالممارسة والمماكسة والمساومة، فإذا آل الأمر إلى العقد تولّاه الوليّ. وقد سمعت[1] الوجه الآخر الّذي في «المبسوط».

وأمّا قوله «من المعلوم إلى آخره» فجوابه أنّ الأصحاب[2] يقولون: إنّ الوجوب ينتهي بالبلوغ، فكان غاية للوجوب، وقد دلّت الآية الشريفة على وجوب الدفع بعد ذلك، ولا يحتاج إلى حاكم ولا إلى وليّ ولا إلى طلب صاحب المال كسائر الحقوق من الدَين ونحوه، وكأنّه بمنزلة الأمانة الشرعية، وأنّ الظاهر وجوب الفور، بل ظاهرها وجوب الإشهاد، ولكن حمل الأمر فيه على الإرشاد.

إذا تقرّر هذا فعد إلى عبارة الكتاب فقوله «يعلم باختباره» يعني اختبار الصغير ذكراً كان أو اُنثى بدليل قوله «وأشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستنساج في الاُنثى» إذ هو المحدّث عنه بما يناسبه من التصرّفات.

[في صحّة العقد الواقع للاختبار وعدمها]

قوله: ﴿وفي صحّة العقد حينئذٍ إشكال﴾ الظاهر أنّه يريد أنّ في صحّة العقد الواقع للاختبار قبل البلوغ إشكالاً ينشأ من أنّ الصغر مانع من الصحّة، وأفعال الصبيّ وأقواله في غير العبادات غير شرعية كما برهن عليه في موضعه، والأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون ما به الابتلاء معتبراً في إفادة الرشد وعدمه، فلا

← الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦، والبحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على الصغير ج ٢٠ ص ٣٥٣.

(١) تقدّم في ص ٥١.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦، والعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٥٣٧.

يقتضي ترتّب أثر آخر عليه من صحّة العقد وعدمه، لأنّ ذلك خارج عن مقتضاه. وعلى هذا فكيفية اختباره أن يأمره الوليّ بالمساومة في البيع ويمتحنه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن، فإذا آل الأمر إلى العقد عقده الوليّ.

وهو ـ أعني عدم الصحّة ـ خيرة «المبسوط[1] والشرائع[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» وهو الّذي استقرّ عليه رأيه في «التذكرة[5]» وهو الّذي تقتضيه القوانين، لأنّ غير البالغ إذا لم يصلح للبيع ونحوه لا يصلح مطلقاً حال الاختبار وغيره. والاختبار غير موقوف على حصول التصرّف منه صحيحاً حتّى يقال به هنا للضرورة، على أنّ الآية الشريفة لا تدلّ على صحّة المعاملة حال الاختبار، وإنّما تدلّ على الابتلاء قبل البلوغ ودفع المال بعد الرشد كما أشرنا إليه آنفاً[6]. فاحتمال الصحّة لظاهر الآية، إذ الأمر بالابتلاء يقتضي كون الأمر الصادر من الصبيّ معتبراً خصوصاً على القول بأنّ أفعال الصبيّ شرعية كما في «التحرير[7]» وموضع من «التذكرة[8]» فيه ما لا يخفى. وهذا هو الوجه الثاني من الإشكال. والقول بشرعية أفعاله إنّما هو في العبادات لمكان الإجماع أو أمر الأولياء بأن يأمروهم وغير ذلك، وذلك مفقود في المقام، إذ ليس قولك ابتله واختبره إلّا كقولك سله وادعه، ولا ريب أنّ المسؤول والمدعوّ ليس مدعوّاً للأوّل كما قيل[9] ذلك في قوله عليه السلام «مروهم[10]» إذ الكلام في المميّز الّذي

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٤ و٢٨٦.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٣.
(٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٦.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٧.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٥.
(٦) تقدّم في ص ٥٦. (٧) تحرير الأحكام: في أسباب الحجر ج ٢ ص ٥٣٦.
(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على الصغير ج ١٤ ص ١٨٥.
(٩) كما في قوانين الأصول: ج ١ ص ١٣٥.
(١٠) عوالي اللآلي: ح ٧٤ ج ١ ص ٣٢٨ وح ٨ ص ٢٥٢.

يعلم أنّ ذلك من الله سبحانه، فتأمّل جيّداً.

وليعلم أنّ فخرالإسلام[١] وعميدالدين[٢] والشهيد[٣] وابن المتوّج[٤] حملوا عبارة الكتاب على ما إذا كان العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه، فقال ولد المصنّف: إذا ظهر رشده حال العقود صحّت العقود قطعاً. فاستثنى هذه الصورة وجعل ما إذا ظهر سفهه أو لم يتبيّن شيء بعد محلّ الإشكال. ومنشؤه من أنّ السفيه يصحّ تصرّفه بإذن الوليّ، وهذه العقود مأذون فيها شرعاً، ومن حيث بطلان تصرّفات السفيه وهذا سفيه.

ومعناه أنّ الوليّ أذن له في البيع أو الشراء مطلقاً ولم يعيّن له شخص المبيع والمشتري والثمن، إذ لو عيّن له ذلك كلّه فات الاختبار. ولا ريب أنّ الإذن المطلقة بعد الحكم بسفهه لا للاختبار لغو، وأمّا مع الاختبار فاحتمال الصحّة قائم لمكان إذن الشارع به. وهذا ما أراده بالوجه الأوّل، وليس مراده قطعاً أنّه أذن له وأجازه كما فهمه المحقّق الثاني[٥]، وإلّا لما صحّ له ذكر الوجه الثاني من منشأ الإشكال.

ومعنى قوله «هذا سفيه» في الوجه الثاني ظاهر فيما إذا ظهر سفهه، لأنّه سفيه واقعاً، وأمّا إذا لم يتبيّن فهو سفيه حكماً، لمكان مفهوم الشرط في قوله جلّ شأنه ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا﴾ كما هو ظاهر، فما أورده عليه من أنّ عقد السفيه صحيح إذا أجازه الوليّ وكان بالغاً إجماعاً فأيّ وجه للإشكال إذا أذن له الوليّ ابتداءً؟ غير وارد، لما عرفت من أنّه في «الإيضاح» لم يتعرّض للإجازة وإنّما تعرّض للإذن المطلقة حال الاختبار، والصحّة حينئذٍ محلّ إشكال لا محلّ إجماع قطعاً،

---

(١) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٢.

(٢) كنزالفوائد: في الدّين وتوابعه ج ١ ص ٥٣٥.

(٣) الحاشية النجّارية: في الحجر ص ٧٤ س ١٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤) لم نعثر على كتابٍ له ولا على مَن يحكي عنه هذا القول.

(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٥.

على أنّ الإجازة حينئذٍ إنّما تكون من الحاكم عند الأكثر على ما حكي [١] عنهم فيمن بلغ سفيهاً من أنّ الولاية عليه للحاكم، فيكون الآذن الأب أو الجدّ أو الوصيّ والمجيز الحاكم. فكلامه عليه في «جامع المقاصد [٢]» لا وجه له من وجهين. وكذا قوله «إنّ العلم بكون العاقد رشيداً ليس شرطاً لصحّة العقد قطعاً إنّما الشرط كونه رشيداً في الواقع» لا وجه له، لأنّه في «الإيضاح» كما سمعت جعل الإشكال فيمن ظهر سفهه ومَن لم يتبيّن سفهه، وهو غير وارد على الأوّل قطعاً ولا على الثاني، لأنّه محكوم بسفهه بمفهوم الآية في دفع المال، ولا قائل بالفرق بين دفع المال وصحّة العقد.

سلّمنا أنّ العقد حينئذٍ صحيح في الواقع على فرض أنّه رشيد في الواقع لكن من أين لنا العلم بالواقع، فالأُصول تقضي بعدم صحّته ولا أقلّ من تعارضها، وإن كان إنّما وجهه على السيّد العميد فقط، لأنّه عمّم الإشكال للمسائل الثلاث، فمع أنّه خلاف الظاهر فمن المعلوم أنّه لا يريده ونمنع ظهوره من كلامه، وعلى تقديره فالظاهر يعدل عنه لليقين من جهة القواعد المعلومة.

وبذلك كلّه ظهر فساد قوله أخيراً «ولو اعتبرنا ما ذكره الشارحان في حلّ العبارة فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كلّ حال» كما عرفت الحال مفصّلاً. فقوله «هذا عجيبٌ غريب» أنّه منه لعجيبٌ غريب.

وقال ابن المتوّج فيما حكى عنه الشهيد [٣]: إنّ هذا الإشكال مبنيّ على أنّ مجرّد ظهور السفه مبطل لتصرّفاته من دون توقّف على حكم الحاكم، أمّا على القول باشتراط حجر الحاكم فلا يتأتّى هذا الإشكال، فيكون هذا التصرّف صحيحاً لازماً، انتهى. فليتأمّل. فيه لكنّه فهم أنّه فيما بعد البلوغ.

---

(١) كما في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٦٢.

(٢) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٥.

(٣) لم نعثر عليه.

ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السنّ.

وقال الشهيد: الأقوال ثلاثة: الصحّة مطلقاً لأمر الشارع بذلك، والبطلان مطلقاً لاعتبار الرشد، والثالث إن ظهر الرشد ظهرت الصحّة وإن ظهر السفه ظهر البطلان. وقد فهم أيضاً أنّه بعد البلوغ.

والّذي دعا هؤلاء الأجلّاء إلى حمل العبارة على ذلك مع ظهورها فيما قبل البلوغ مع إيناس الرشد إمّا أنّ الأوّلين سمعا ذلك من المصنّف واقتفاهما الآخران، وقد ظهر وجهه ممّا حرّرناه. وإمّا أنّ حملها على ما قبل البلوغ بعيد، لأنّه لا ريب في بطلانه، لأنّ البلوغ شرط إجماعاً عندهم. وفيه: إنّ المصنّف سيتردّد في بيع المميّز فبالأولى أن يتردّد هنا لمكان الأمر بالابتلاء. والشيخ[1] نقل القول بالصحّة لمكان الضرورة، والمحقّق حكم بالعدم[2] بعد تأمّل. وفي «التحرير» حكم بالصحّة[3]. فالتأمّل والإشكال له وجه في الجملة.

قوله: ﴿ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السنّ﴾ هذا قول أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر، والمخالف أبو حنيفة كما في «التذكرة[4]» وهو محلّ وفاق منّا كما في «المسالك[5] والروضة[6]» وظاهر «نهج الحقّ[7]» حيث نسبه إلى الإماميّة. وقال أبو حنيفة[8]: إذا بلغ خمساً

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٤.

(٢) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٣.

(٣) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام السفيه ج ١٤ ص ١٨٦.

(٥) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥٠.

(٦) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٩.

(٧) نهج الحقّ وكشف الصدق: في الحجر ص ٤٩٢.

(٨) الفتاوى الهندية: في الحجر ج ٥ ص ٥٦.

ويثبت الرُشد في الرجال بشهادتهم، وفي النساء بها وبشهادتهنّ.

وعشرين سنة فكّ عنه الحجر وإن كان سفيهاً، لأنّه قد بلغ أشدّه وصلح أن يصير جدّاً. قال في «التذكرة» بعد كلام طويل: كونه «جدّاً» ليس تحته معنى ولا أصل له في الشرع وهو ثابت فيمن له دون هذا السنّ فإنّ المرأة تكون جدّة لإحدى وعشرين[1].

والمراد بفقد أحد الوصفين فقد الصغر وفقد عدم الرشد، إذ لابدّ من فقدهما. وقيل: لابدّ في حمل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العناية، لأنّ عدم الرشد لم يجر له ذكر[2]. والأمر سهل لمكان الملازمة من أوّل الأمر.

[في ثبوت الرُشد بشهادة مدّعيه]

قوله: ﴿ويثبت الرُشد في الرجال بشهادتهم، وفي النساء بها وبشهادتهنّ﴾ كما في «الشرائع[3] والنافع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والمسالك[8] والروضة[9] ومجمع البرهان[10] والمفاتيح[11]» وكذا «الكفاية[12]» وهو ظاهر

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام السفيه ج ١٤ ص ٢٠٧.
(٢) القائل هو المحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٦.
(٣) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠١.
(٤) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤٠.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٤٣.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٥٣٦.
(٧) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٥.
(٨) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥١.
(٩) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٤.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٠٠.
(١١) مفاتيح الشرائع: في علامات الرشد ج ٣ ص ١٨٨.
(١٢) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٤.

بقيّة الشروح [1] والحواشي [2] حيث لم تكن فيها مناقشة ولا تأمّل. وفي «مجمع البرهان [3]» لعلّ دليل الجميع الإجماع. وفي «التذكرة» لو اقتصر في ثبوت رشد النساء على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق، وهو منفي بالإجماع [4]. وقال في «الكفاية [5]» في خصوص هذا الفرع: قالوا.

وفي «الرياض» أمّا ثبوت رشده بشهادة رجلين في الرجال فلا إشكال فيه، وأمّا ثبوته بشهادة الرجال منفردين أو النساء كذلك أو ملفّقات منهنّ ومنهم كرجل وامرأتين في النساء فلا خلاف فيه في الظاهر بل عليه الإجماع في كثير من العبارات، وهو الحجّة [6]. قلت: ونحن تتبّعنا عبارات الأصحاب في المقام فما وجدنا إلّا ما ذكرنا ولم نجد هذه العبارات الكثيرة الّتي قد اشتملت على هذا الإجماع المتضمّن ثلاثة أحكام، وقد تتبّعنا كلامهم في باب الشهادات فلم نجدهم ذكروا الرشد فضلاً عن نقل الإجماع عليه في النساء. نعم قالوا [7]: تقبل شهادة النساء منفردات فيما يعسر إطلاع الرجال عليه غالباً، ومثّلوه بالولادة والاستهلال وعيوب النساء الباطنة والرضاع والوصية له.

---

(١) منهم فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٢، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٦، والشهيد في غاية المراد: في الحجر ج ٢ ص ١٩٦.

(٢) منهم الشهيد في الحاشية النجّارية: في الحجر ص ٧٤ س ١٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية) والفخر في شرح الإرشاد: في الحجر ص ٥٥ (مخطوط في مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤) والشهيد الثاني في حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الحجر ص ١٩٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٠٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٤٣.

(٥) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٤.

(٦) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٢.

(٧) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الشهادات ج ٤ ص ١٣٧، والعلّامة في قواعد الأحكام: الشهادات ج ٣ ص ٤٩٩، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الشهادات ج ١٤ ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

وكيف كان، فلا ريب في قبول شهادة الرجال في الرجال للإجماع المعلوم والاستقراء ـ والعموم أعني عموم الأدلة ـ بقبول شهادتهما. وإنّما الكلام في أنّه هل يشترط قيامها عند الحاكم وحكمه بها أم لا؟ وهل تقبل في الإنبات والاحتلام أم لا؟ فالمقدّس الأردبيلي على أنّه يمكن الثبوت مع تعذّر الحاكم دفعاً للحرج، وأنّ الاحتياط يقتضي الاختبار مع الإمكان ومع عدم لزوم تأخير تسليم المال إلى صاحبه بزمان كثير يضرّ به خصوصاً إذا طلبه، ولثبوت عمل الأمّة في المعاملات مع عدم ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقّق كونه غير رشيد بيقين، وما ذاك إلّا للحكم بظاهر الحال، وشهادة العدلين ليست بأقلّ من ذلك، ولصدق الرشد الّذي هو شرط في الآية [1] والأخبار [2] الدالّة على التسليم مع ثبوت كونه رشيداً عند التصرّف من غير قيد حكم الحاكم، ولهذا قالوا: إنّ فكّ حجر الصبيّ ليس بموقوف بعد البلوغ والرشد على حكم الحاكم. فتأمّل. فالظاهر أنّ الضابط حصول العلم بل الظنّ المتاخم له إمّا بالاختبار على أيّ وجهٍ كان أو حكم الحاكم أو شهادة العدلين، سواء كانا على الرجل أو المرأة أو أربع نسوة أو امرأتين وعدل لصدق الآية والأخبار [3].

قلت: بعد تسميتهم لها شهادة وتسليم اشتراطهم في الشهادة انضمام حكم الحاكم إليها في جميع الأمور إلّا ما استثني وليس الرشد منه يجب الحكم بعدم الثبوت وعدم ترتّب الأحكام إلّا بحكمه، إذ الشهادة عندهم إخبار جازم بحقّ أو غيره عند الحاكم. ولو كان الأمر كما قال لاكتفى فيه بخبر الواحد إذا أفاد ظنّاً متاخماً للعلم.

وفرق تامّ بين ظاهر الحال وشاهد الحال وشهادة العدلين، إذ الأخير متوقّف على الجرح والتعديل ومعرفة الكبائر والصغائر والملكة وغيرها، وتلك وظيفة

---

(١) النساء: ٦.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب مقدّمات العبادة ج ١ ص ٣٠، وب ١ و٢ من أحكام الحجر ج ١٣ ص ١٤١ ـ ١٤٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ١٩٩.

وصرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبذير،

الحاكم إلّا ما استثني، وشاهد الحال جارٍ مجرى القطع، وعمل الاُمّة إمّا على شاهد الحال لمن عرف بالحال تحته معنيان أو على القاعدة المجمع عليها وهو أصل صحّة فعل المسلم. وإمّا قبولها في غير الرشد من السنّ والإنبات والاحتلام، والظاهر قبولها في الجميع وإن كان الفرض في الأخيرين مع عدالة الشهود نادراً جدّاً لندرة العلم بهما جدّاً خصوصاً في النساء خصوصاً في إمنائهنّ على وجه يبقى للشاهد عدالة.

وأمّا قبول شهادة الرجال منفردين في النساء فدليله ما تقدّم[1].

وأمّا قبول شهادة النساء الأربع منفردات أو الخناثى كذلك أو ملفّقات منهنّ ومن الرجال كرجل وامرأتين في النساء فدليله العسر والحرج، لأنّ رشد المرأة ممّا لا يطّلع عليه الرجال غالباً، فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهنّ على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق، وهو منفيّ إجماعاً كما في «التذكرة[2]» فتأمّل. ولعلّ الأولى الاستدلال عليه بالنصوص الدالّة على الاكتفاء بشهادتهنّ منفردات فيما لا يطّلع عليه الرجال غالباً مع دعوى أنّ هذا منه. وبفحواها يستدلّ على التلفيق، بل وعلى الخناثى، فليتأمّل.

ولم ينصّ على الخناثى سوى المصنّف في «التذكرة[3]» والشهيد الثاني في «الروضة[4] والمسالك[5]».

[في أنّ التبذير مانع عن الرشد]

قوله: ﴿وصرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبذير﴾ ظاهر إطلاقه أنّه لا فرق بين الإفراط في ذلك وعدمه ولا بين كون ذلك لائقاً بحاله أو لا[6]. وهو ظاهر

(١) تقدّم في ص ٦٦. (٢ و٣) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٤٣.

(٤) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٤.

(٥) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥١.

(٦) أقول: لو كان الرشد هو صرف المال في الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء كما عرفه المصنّف به ←

«مجمع البرهان[١]» وقد يلوح ذلك ممّا حكي عن «مجمع البيان[٢]». وفي «المسالك[٣]» أنّه المشهور.

وقد استدلّ[٤] عليه بأنّه لا سرف في الخير كما لا خير في السرف. وهو ليس بحديث وإنّما حكي[٥] أنّ رجلاً تصدّق كثيراً، فقال له رجل: لا خير في السرف، فأجابه لا سرف في الخير، وبأنّ أمير المؤمنين تصدّق بالأقراص كما هو مشهور، فنزلت فيه سورة هل أتى[٦] وأُجيب[٧] بأنّ ذلك من خواصّهم ولائق بحالهم لعظمة كمالهم، لكن قال في «مجمع البيان»: إنّ ذلك ليس مخصوصاً بهم صلوات الله عليهم بل كلّ مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك[٨] وبقوله صلى الله عليه وآله لعليّ عليه السلام: «وأمّا الصدقة فجهدك»[٩] وبالأخبار[١٠] الدالّة

← فيما تقدّم فالتبذير هو ما يخرج عن ذلك بحيث لا يعدّه العقلاء صرفاً عقلائياً فيكون حينئذٍ أعمّ من صرف المال في وجوه الخير كما أنّ الرشد حينئذٍ أيضاً يكون أعمّ من صرف المال في وجوه الخير فإنه قد يكون صرفه فيها مقبولاً عند العقلاء والعرف وقد لا يكون، فما كان منه مقبولاً عندهم بما هم العقلاء فهو الرشد سواء وافق صرفه في الوجوه الخيرية أم لم يوافق كما أنّ ما لم يكن منه مقبولاً عندهم فهو التبذّر سواء وافق صرفه في الوجوه الخيرية أم لم يوافق فالصحيح في تعريفهما أن يقال: إنّ الرشد هو صرف المال فيما يوافق تجويز الشرع والتبذير صرفه فيما لم يوافق، فإنّ الشريعة لم توافق في صرفه كلّاً وإبقاء نفسه سائلاً متكدّياً، وقد ورد به آيات وأُخبار أيضاً، فتأمّل حتّى تعرف.

(١ و٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٠٠ ـ ٢٠١.

(٣) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥٢.

(٤) كما في الروضة: في الحجر ج ٤ ص ١٠٤.

(٥) راجع تفسير الكشّاف: ج ٢ ص ٦٦١، ومغني المحتاج: ج ١ ص ٣٩٣، وعوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٩١.

(٦) مجمع البيان: ج ٦ ص ١٣٨ في تفسير سورة الإنسان.

(٧) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٠١.

(٨) مجمع البيان: ج ٦ ص ١٣٩ في تفسير سورة النساء.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٦ ص ٢٦٣.

(١٠) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب الصدقة ج ٦ ص ٢٥٥، وب ٤٣ من أبواب الصدقة ج ٦ ص ٣٢٤.

على الترغيب والترهيب على تركه، وهي لا تدلّ على ذلك. وقال في «المسالك»: ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة وبعض الأئمّة صلوات الله عليهم كالحسن عليه‌السلام من أموالهم في الخير لكنّه قال: إلّا أن يمنع من كون ذلك لا يليق بحالهم[١]. قلت: على أنّ المرويّ[٢] عن الحسن عليه‌السلام إنّما هو أنّه قاسم ربّه ماله حتّى النعل لا أنّه خرج منه كملاً. والحاصل، أنّ جميع ما يمكن أن يستدلّ به في هذا المقام قابل للحمل على عدم التصدّق بجميع المال إلّا ما ورد عن آية الله الكبرى فإنّه لا يقدر عليه إلّا هو عليه‌السلام ومَن كان في عيلته لمكان بركته، على أنّ في رواية القمّي أنّه عليه‌السلام أعطى ثلث العصيدة للمسكين، ثمّ جاء اليتيم فأعطاه الثلث، ثمّ جاء الأسير فأعطاه الثلث الباقي[٣].

وقال في «التذكرة»: لو بلغ وصرف أمواله في وجوه الخير كالصدقات وفكّ الرقاب وبناء المساجد وأشباه ذلك ممّا لا يليق بحاله كالتاجر وشبهه فهو تبذير[٤]. وهو معنى قوله في «التحرير»: صرف أكثر المال في صنوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتبذير[٥]. ومعنى قوله في «الإرشاد»: وصرف المال في صنوف الخير ليس بتبذير مع بلوغه في الخير[٦]. إذ معناه أنّ صرف المال في الخير ليس بتبذير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون ذلك فاضلاً عمّا يحتاج إليه وكونه لائقاً بحاله. ولا تصغ إلى ما ذكر في معناه غير هذا. وهو خيرة المقداد[٧] وصاحب «الكفاية»[٨] ولم يرجّح المحقّق الثاني[٩] والشهيد الثاني[١٠] وكأنّ الثاني مال إليه.

(١ و ١٠) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥٢.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٥٢ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٦ ص ٣٣٦.

(٣) تفسير القمّي: ج ٢ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩ في تفسير سورة الإنسان.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام السفيه ج ١٤ ص ٢٠٨.

(٥) تحرير الأحكام: في أسباب الحجر ج ٢ ص ٥٣٦.

(٦) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٥. (٧) التنقيح الرائع: في الحجر ج ٢ ص ١٨١.

(٨) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٥. (٩) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٦.

وقد استدلّ عليه في «التذكرة[1]» بقوله تعالى: ﴿ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كلّ البسط﴾[2] وهو مطلق فيتناول محلّ النزاع، ولكنّه لا يدلّ على مطلوبه، لأنّ الحكم بكونه تبذيراً يقتضي فساد التصرّف، والنهي هنا لا يقتضيه، فليتأمّل جيّداً، إذ قد يقال[3]: إنّ النهي للتحريم، والمستفاد من كلام هؤلاء أنّ المدار على ما هو اللائق بحاله وغيره.

والأولى الاستدلال عليه بالآيات والأخبار، وقد تضمّن بعضها الدلالة على المطلوب مع استلزامه ردّ الخصم وبعضها على ردّ الخصم مع استلزامه المطلوب.

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو﴾[4] فعن الصادق عليه السلام: إنّ العفو هو الوسط من غير إسراف ولا إقتار[5]. وعن الباقر عليه السلام «ما فضل عن قوت السنة[6]. وعن ابن عبّاس: ما فضل عن الأهل والعيال أو الفضل عن الغنى[7].

وروي أنّه صلى الله عليه وآله قال لمن أتاه ببيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات: يجيء أحدكم بماله كلّه يتصدّق به ويجلس يتكفّف الناس، إنّما الصدقة عن ظهر غنى»[8] والظهر قد يرد في مثل هذا إشباعاً للكلام وتمكيناً كأنّ صدقته مستندة إلى ظهر قوي من المال. فكأنّه قال: إذا أعطيتها كانت عن استغناء منك وكانت عفواً فضلاً (فضل ـ خ ل) عن غنى. ومثله «خير الصدقة ما أبقت غنى»[9] وقد يكون المراد بظهر الغنى كظهر الغيب وظهر القلب وحقّ اليقين.

وقد روى في «الكافي[10]» وتفسير «العيّاشي[11]» على ما حكي عن أبي عبدالله عليه السلام:

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام السفيه ج ١٤ ص ٢٠٨. (٢) الإسراء: ٢٩.

(٣) كما في زبدة البيان: ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥. (٤) البقرة: ٢١٩.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب النفقات ح ١٥ ج ١٥ ص ٢٦٠، مجمع البيان ج ٢ ص ٢٠٧ (مطبعة مكتبة دارالحياة ـ بيروت).

(٦ و٧) مجمع البيان: ج ٢ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٦ (مطبعة دارالحياة ـ بيروت).

(٨) المستدرك للحاكم: كتاب الزكاة ج ١ ص ٤١٣.

(٩) مستدرك الوسائل: ب ٩ من أبواب الصدقة ح ٤ ج ٧ ص ١٧٧.

(١٠) الكافي: باب فضل القصد ح ٧ ج ٤ ص ٥٣. (١١) تفسير العيّاشي: ج ١ ص ٨٧ رقم ٢١٧.

لو أنّ رجلاً أنفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن ولا وفّق للخير. أليس الله تبارك وتعالى يقول: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إنّ الله يحبّ المحسنين﴾.

وفي صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في تفسير قوله تعالى: ﴿والّذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً﴾، فبسط كفّه وفرّق أصابعه وحناها شيئاً فشيئاً، وعن قوله: ﴿ولا تبسطها كلّ البسط﴾ فبسط راحته وقال: هكذا، وقال: القوام ما يخرج من بين الأصابع ويبقى في الراحة منه شيء[1]. وعن الصادق عليه السلام أنّه تلا هذه الآية فأخذ قبضة من حصى وقبضها بيده فقال: هذا الإقتار الّذي ذكره الله في كتابه، ثمّ قبض قبضة أُخرى فأرخى كفّه كلّها ثمّ قال: هذا الإسراف، ثمّ قبض أُخرى فأرخى بعضها وأمسك بعضها وقال: وهذا القوام[2].

وفي صحيحة الوليد بن صبيح قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فجاء سائل وأعطاه، ثمّ جاء آخر فأعطاه، ثمّ جاء آخر فقال: يوسّع الله عليك، ثمّ قال: إنّ رجلاً لو كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثمّ شاء أن لا يبقى منها إلّا وضعها في حقّ فيبقى لا مال له فيكون من الثلاثة الّذين يردّ دعاؤهم. قلت: مَن هم؟ قال: أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في وجهه ثمّ قال: يا رب ارزقني؟ فيقال له: ألم أرزقك؟[3]

وروى ابن أبي نصر في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن قول الله عزّوجلّ: ﴿وآتوا حقّه يوم حصاده ولا تسرفوا﴾ قال: كان أبي يقول: من الإسراف في الحصاد والجذاذ أن يتصدّق بكفّيه جميعاً، وكان أبي إذا حضر شيئاً من هذا فرأى أحداً من غلمانه يتصدّق بكفّيه صاح به: أُعط بيدٍ واحدة، القبضة بعد القبضة والضغث بعد الضغث من السنبل[4]. وفي الحسن عن ابن أبي عمير عن هشام بن المثنّى قال:

(١ و٢) وسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب النفقات ح ١ و٦ ج ١٥ ص ٢٦٣ و٢٦٤.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٢٣ من أبواب الصدقة ح ١ ج ٦ ص ٢٩٣.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب زكاة الغلّات ح ١ ج ٦ ص ١٣٩.

وصرفه إلى الأغذية النفيسة الّتي لا تليق بحاله تبذيرٌ.

سأل رجل أبا عبدالله عليه‌السلام عن قول الله عزّوجلّ: ﴿وآتوا حقّه يوم حصاده ولا تسرفوا إنّه لا يحبّ المسرفين﴾؟ قال: كان فلان ابن فلان الأنصاري سمّاه وكان له حرث وكان إذا أخذه (أجذه ـ خ ل) يتصدّق به ويبقى هو وعياله بغير شيء، فجعل الله ذلك سرفاً[1].

وروى في «الكافي» عن الصادق عليه‌السلام في باب دخول الصوفية على أبي عبدالله عليه‌السلام وإنكاره عليهم فيما يأمرون الناس به من خروج الإنسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين[2].

هذا وفي حسنة شهاب بن عبد ربّه قال: قال أبو عبدالله عليه‌السلام: ليس في الطعام سرف[3]. وفي بعض الأخبار: إنّ السرف أن تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك[4]. وفي بعضها: إنّ السرف أمر يبغضه الله عزّوجلّ حتّى طرحك النواة فإنّها تصلح لشيء وحتّى فضل شرابك[5]. وفي رواية إسحاق: ليس فيما أصلح البدن إسراف. وفيها: «إنّما الإسراف فيما أفسد المال وأضرّ بالبدن». قيل: وما الإقتار؟ قال: أكل الخبز والملح وأنت تقدر على غيره، قيل فما القصد؟ قال: الخبز واللحم واللبن والخلّ والسمن مرّة هذا ومرّة هذا[6]، ونحوه رواية أُخرى لإسحاق بن عبدالعزيز عن رجل[7]. ونحوه في رواية ابن تغلب[8].

قوله: ﴿وصرفه إلى الأغذية النفيسة الّتي لا تليق بحاله تبذيرٌ﴾

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٤٢ من أبواب الصدقة ح ٣ ج ٦ ص ٣٢٣.
(٢) الكافي: في باب دخول الصوفية ح ١ ج ٥ ص ٦٥ ـ ٧٠.
(٣ و ٤) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب أحكام الملابس ح ٣ و ٧ ج ٣ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥.
(٥) الكافي: في فضل القصد ح ٢ ج ٤ ص ٥٢.
(٦) وسائل الشيعة: ب ٢٦ من أبواب النفقات ح ١ ج ١٥ ص ٢٦٠.
(٧ و ٨) وسائل الشيعة: ب ٣٨ من أبواب آداب الحمّام ح ٧ و ٥ ج ١ ص ٣٩٧.

هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا كما في «مجمع البرهان» لصدق الإسراف والتبذير المنهيّ عنه[1]. وقال أكثر الشافعية[2]: لا يكون تبذيراً، لأنّ الغاية في تملّك المال الانتفاع به والالتذاذ، وكذا قالوا[3]: إنّ شراء الثياب الفاخرة وإن لم تكن لائقة به ليس بتبذير. وبالجملة: حصر أكثرهم التبذير في التضييعات كالرمي في البحر واحتمال الغبن الفاحش وشبهه وفي الإنفاق في المحرّمات.

والمراد بـ«الحال» قلّة المال وكثرته، فلو كـان معه مـال كثير وغيّر عادته في المأكول والملبوس والمركوب لم يحجر عليه.

ومن التبذير الحرام عند علماء الإسلام صرف المال وإن كان قليلاً في الرياء، نصّوا على ذلك في تفسير الآية الشريفة[4]. وفي «مجمع البرهان[5]» أنّه ممّا لا شكّ فيه، وقد حكى في «التذكرة» الإجماع[6]. وظاهره إجماع الأُمّة على أنّ صرف المال في المحرّمات سفه وتبذير، وقد سمّى الله سبحانه وتعالى المرائين كافرين، قال سبحانه وتعالى: ﴿يا أيها الّذين ءامنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمنّ والأذى كالّذي ينفق ماله رئاء الناس ولا يؤمن بالله واليوم الآخر فمثله كمثل صفوان عليه تراب فأصابه وابلٌ فتركه صلداً لا يقدرون على شيء ممّا كسبوا والله لا يهدي القوم الكافرين﴾[7].

قالوا: ولذا ورد عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: الشرك في أُمّتي أخفى من النملة السوداء

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ٢٠٣.
(٢) مغني المحتاج: في الحجر ج ٢ ص ١٦٨، والمجموع: في الحجر ج ١٣ ص ٣٧٠.
(٣) كمغني المحتاج: في الحجر ج ٢ ص ١٦٨، ونقله عنهم العلّامة في تذكرة الفقهاء في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٨.
(٤) تفسير الكشّاف: ج ٢ ص ٦٦١.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٢١.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام السفيه ج ١٤ ص ٢٠٤.
(٧) البقرة: ٢٦٤.

في الليلة الظلماء[١]. وقال صلى الله عليه وآله: إنّ أخوف ما أخاف عليكم من الشرك الأصغر. قيل: وما الشرك الأصغر؟ قال: الرياء[٢]، يقول الله تعالى لهم يوم يجازي العباد: اذهبوا إلى الّذين كنتم تراؤونهم في الدنيا هل تجدون عندهم جزاء. وعنه صلى الله عليه وآله: أنّه يقال: للمرائي في الإنفاق: ما فعلت فيما آتيتك؟ فيقول: كنت أصل الرحم وأتصدّق، فيقول الله له: كذبت، وتقول الملائكة: كذبت، ويقول الله: بل أردت أن يقال: فلان جواد، فقد قيل لك[٣]. فقد عمّت البلوى والبلية، لأنّه يلزم عدم جواز معاملة هؤلاء وعدم جواز الأكل من هذا المال، لأنّ باذله سفيه، ولا أظنّ أنّ أحداً يخلو من ذلك من أصحاب الأموال فضلاً عن الحكّام والظلمة، وأنت إن لم تعاملهم لابدّ وأن تعامل مَن يعاملهم، ولعلّهم في مثل ذلك يبنون على أصل صحّة فعل المسلم وأنّه لا يفعل حراماً وإنّما قصد قصداً سائغاً، أو يخصّصون ذلك بما إذا لم يكن له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا، فليتأمّل، أو يقولون: إنّ الرياء محلّه العبادات كما يشعر به مقابلته بالإخلاص وغير ذلك، فلا يضرّ في غيرها.

وفيه: أنّه لم يثبت فيه حقيقة شرعية، والّذي نصّ عليه أهل اللغة أنّه مأخوذ من أرى، فأصله إرءاء وهو ما فعله ليُرى كما أنّ السمعة ما فعل ليُسمع كما في «القاموس[٤]» وغيره[٥]. وهو ظاهر الكتاب المجيد حيث قال جلّ شأنه ﴿كالذي يُنفق ماله رئاء الناس﴾ ولم يقل كمثل الذي يتصدّق، مع أنّ صدر الآية في التصدّق. وفي الخبر: مَن بنى بناءً رياءً وسمعةً طوّقه الله ... الحديث[٦]. وهو ظاهر إطلاقات القوم وأخبارهم

---

(١) كنز العرفان: في الزكاة ج ١ ص ٢٤٧.
(٢) الدرّ المنثور: ج ٤ ص ٢٥٦ في تفسير سورة الكهف.
(٣) بحار الأنوار: في باب الرياء ج ٦٩ ص ٣٠٥ رقم ٥٢ مطبعة مؤسّسة الوفاء.
(٤) القاموس المحيط: ج ٣ ص ٤٠ مادّة «السمع».
(٥) كالصحاح: ج ٣ ص ١٢٣٢ (مادّة سمع).
(٦) بحار الأنوار: في باب أحوال المتّقين والمجرمين في القيامة ح ١١٦ ج ٧ ص ٢١٣ (طبع دار الكتب الإسلامية).

وولي الصبيّ أبوه وجدّه لأبيه وإن علا، ويشتركان في الولاية، فإن فُقدا فالوصيّ، فإن فُقد فالحاكم، ولا ولاية للأمّ ولا لغيرها من الإخوة والأعمام وغيرهم عدا مَن ذكرنا.

وصريح «مجمع البرهان[1]» وعدّ في «المفاتيح[2]» من المعاصي المنصوص عليها البناء رياءً وسمعةً وفي النبوي المروي في كتبنا المفتى به: الوليمة أوّل يوم حقّ والثاني معروف وما زاد رياءً وسمعة[3] ونحوه في ذلك كلّه النهي عن النكاح للرياء والسمعة[4]. وفي «قواعد الشهيد» أنّه يجري في الجهاد والغزو، وليس عبادةً إجماعاً، وكذا الأذان[5]. ولا ينافي ذلك قوله في «قواعده» أيضاً في بيان الإخلاص في العبادة: ويتحقّق الرياء بقصد مدح المرائي أو الانتفاع به أو دفع ضرره[6]. والكلام في المقام طويل الأذناب وفيما ذكرناه بلاغ، وقد عقد له باباً في «الكافي[7]» سرد فيه أخباراً مطلقة، والتخصيص يحتاج إلى دليل، فليكن الرياء مطلقاً كالعُجب والظلم والكبر ونحو ذلك. والكلام فيما يقع على نحوين أو أنحاء أحدها الرياء، ولا يشترط في النحو الآخر أو الأنحاء الأُخر أن يكون عبادةً، بل يكفي في إباحته وعدم حرمته أن لا يكون رياءً وإن خلا عن نيّة أُخرى، فليلحظ ذلك وليتدبّر فيه.

[في ولاية الأب والجدّ للصبيّ ونحوه]

قوله: ﴿وولي الصبيّ أبوه وجدّه لأبيه وإن علا، ويشتركان في

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٢١.

(٢) مفاتيح الشرائع: في عدّ المعاصي ج ٢ ص ٢٠.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٤٠ من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه ح ٤ ج ١٤ ص ٦٥.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه ح ٨ ج ١٤ ص ٣٢.

(٥) القواعد والفوائد: الفائدة الثامنة والعشرون ج ١ ص ١٢٠، والفائدة الثلاثون ص ١٢٢.

(٦) المصدر السابق: الفائدة الثانية ج ١ ص ٧٦. (٧) الكافي: في باب الرياء ج ٢ ص ٢٩٣.

الولاية،فإن فُقدا فالوصي، فإن فُقدفالحاكم، ولا ولاية للأمّ ولالغيرها من الإخوة والأعمام وغيرهم عدا مَن ذكرنا﴾ تنقيح البحث في المقام أن يقال:هنا طفل ومجنون وسفيه ومفلّس، وقدنصّ في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والنافع[٣] والتذكرة[٤] والتبصرة[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] واللمعة[٨] وجامع المقاصد[٩] والروضة[١٠] والمسالك[١١] ومجمع البرهان[١٢] والكفاية[١٣]» وغيرها[١٤] أنّ الولاية في مال الطفل والمجنون لأبيه وجدّه لأبيه وإن علا.

وقد حكي عليه الإجماع في «التذكرة[١٥]» ونفى الخلاف عنه في «المسالك[١٦] والكفاية[١٧]». وفي «مجمع البرهان» كأنّ عليه إجماع الأمّة[١٨] مضافاً إلى النصوص المستفيضة بل المتواترة كما قيل الواردة في التزويج الصريحة في ثبوت ولايتهما عليهما فيه المستدلّ بها بالفحوى والأولوية في المسألة، مضافاً إلى خصوص النصوص المستفيضة الواردة في بحث أموال اليتامى والوصية وغيرهما من المباحث الكثيرة كما في «الرياض[١٩]».

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٣) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤١.
(٤ و١٥) تذكرة الفقهاء: في المتولي لمال الطفل والمجنون ج ١٤ ص ٢٤٣.
(٥) تبصرة المتعلّمين: في الحجر ص ١١٥.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٥٤١.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام السفيه ج ١ ص ٣٩٧.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢.
(٩) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٧.
(١٠) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٦.
(١١ و١٦) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦١.
(١٢ و١٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣١.
(١٣ و١٧) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٨.
(١٤ و١٩) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٦.

وقد أُطلق المجنون فيما عدا «جامع المقاصد[١] ومجمع البرهان[٢]» من غير فرق بين مَن اتّصل جنونه بصغره أو تجدّد له ذلك بعد بلوغه ورشده التفاتاً إلى ثبوته في بحث التزويج على المشهور كما في «إيضاح النافع» مع ظهور الإجماع من «التذكرة[٣]» ثمّة المستلزم لثبوت الحكم هنا بالأولوية، لكنّ هذا الإجماع من «التذكرة» مستفاد من إطلاق ضعيف ليس بتلك المكانة من التعويل عليه، على أنّه قد نصّ فيها بعد ذلك بستّ قوائم في السبب الرابع على أنّ الولاية حينئذٍ للحاكم والسلطان، وظاهره الإجماع، لكنّه أيضاً ليس بتلك المثابة من الظهور، لأنّه قال: ليس عندنا للسلطان ولاية في التزويج على الكبار ولا على الصغار بل على المجانين والسفهاء[٤]، وستسمع[٥] تمام الكلام في السفيه. ثمّ إنّ الشهرة محكية[٦] على ذلك ـ أي على أنّ الولاية للحاكم في التزويج ـ على مَن بلغ ورشد ثمّ تجدّد جنونه. وقد يشهد على صحّة الشهرة الأُولى إطلاق الجميع هنا إلّا ما قلّ وإطلاق الأكثر في باب النكاح، فتأمّل.

وقال في «جامع المقاصد»: إنّ المجنون إن بلغ فاسد العقل فالولاية للأب والجدّ، أمّا إذا كمل بالغاً ثمّ تجدّد جنونه فالّذي يقتضيه صحيح النظر أنّ الولاية عليه للحاكم[٧]. ومثله ما في «مجمع البرهان[٨]» وما في نكاح «المسالك[٩]» وظاهر «مجمع البرهان» في مقامٍ آخر أنّه لا خلاف ولا نزاع في أنّ أمره إلى الحاكم. وقال أيضاً في مقامٍ

(١) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٤.
(٢ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣١.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أسباب الولاية ج ٢ ص ٥٨٦ س ٢٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في ولاية الإمام العادل ج ٢ ص ٥٩٢ س ٢٩.
(٥) سيأتي في ص ٨٤.
(٦) كما في مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٢.
(٧) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٤.
(٩) مسالك الأفهام: في أولياء العقد ج ٧ ص ١٤٦ ـ ١٤٧.

آخر: لادليل على ثبوتهالهما، فتكون للحاكم كسائر الولايات ولا يساويه أحد في العلم والديانة، ولأنّ العلماء ورثة الأنبياء وأنّهم بمنزلة أنبياء بني إسرائيل، ولا شكّ في ثبوت ذلك للأنبياء فيكون للعلماء أيضاً، ولأنّ الفقيه نائب لوليّ الأصل بمقتضى بعض الأخبار المؤيّدة بالشهرة ونقل الإجماع[1].

وقد يوجّه الأوّل بأنّ ولايتهما ذاتية منوطة بإشفاقهما وتضرّرهما بما يتضرّر به الولد، فكانت أولى من ولاية الحاكم.

وهما من جهة الأُصول أيضاً متساويان إذ كما يقال: قد زالت ولايتهما والأصل بقاء انقطاعها يعارض بمثله في ولاية الحاكم. وإذا كان كذلك فلابدّ لهذا من وليّ، وهو دائر بين أبيه والحاكم، ولا ريب أنّ الحاكم أولى لما ذكرنا أوّلاً ولا سيّما إذا كان أبوه غير عدل، ولأنّ ولايته عامّة وولاية الأب حينئذٍ تحتاج إلى الدليل، مضافاً إلى ما ستسمع في السفيه، بل لولا الإجماع المنقول على ثبوت ولايتهما في التزويج والبيع وسائر التصرّفات على البالغ المتصل جنونه بالصغر لأمكن القول بثبوت ولاية الحاكم عليه أيضاً. وهذا الإجماع ونفي الخلاف حكي في «جامع المقاصد[2] والمسالك[3] ومجمع البرهان[4]» وغيرها[5]. والأحوط موافقة الحاكم للأب وموافقته للحاكم.

وأمّا اشتراك الأب والجدّ في الولاية فظاهر نكاح «المسالك[6]» الإجماع عليه. وقد نصّ على الحكم في المقام المحقّق[7] والمصنّف في غير الكتاب أيضاً[8]

(١ و٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.
(٢) جامع المقاصد: في عقد النكاح ج ١٢ ص ٩٤.
(٣ و٦) مسالك الأفهام: في أولياء العقد ج ٧ ص ١٤٤ و١٦٩.
(٥) كرياض المسائل: في أولياء العقد ج ١٠ ص ٩٤.
(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٨) راجع تحرير الأحكام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٥٤١.

والشهيدان[١] وغيرهم[٢] بمعنى نفوذ تصرّف أحدهما مع فقد تصرّف الآخر أو الموافقة وعدم المعارضة، وسبق تصرّف المتصرّف منهما من غير علم الآخر أو مع علمه حتّى لو كان السابق الأب وقد علم أنّ الجدّ مخالف له وقصد سبقه بالعقد أو التصرّف فقد ترك الأولى وصحّ عقده وتصرّفه. وفي «التذكرة» إذا كانا موجودَين اشتركا في الولاية وكان حكم الجدّ أولى[٣]. ولعلّه يريد إذا اقترنا، لأنّه قد قيل[٤] حينئذٍ بتقديم الأب، وتميل[٥] بتقديم الجدّ، وقيل[٦] بالبطلان، وأوسطها الوسط للنصوص[٧] المستفيضة الدالّة على ذلك في التزويج بل والإجماعات المحكية. وفي «تعليق الإرشاد» هل تكون ولاية الجدّ أولى (أقوى ـ خ ل) حتّى لو باعا معاً يقدّم بيع الجدّ؟ لا أعلم تصريحاً بذلك، لكن كلامهم في باب الأنكحة يقتضيه[٨]. ولعلّه يريد أنّه يقتضيه بالفحوى والأولوية. والمخالف في ذلك المصنّف في وصايا «التذكرة» قال على ما حكي: إنّ ولاية الأب مقدّمة على ولاية الجدّ[٩].

والشهيد الثاني في وصايا «المسالك» قال: وفي تعدّي الحكم إلى أب الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا مع الأب أو مع مَن هو أدنى منه حتّى يكون أب الجدّ أولى من الجدّ وجدّ الجدّ أولى من الجدّ وجهان: من زيادة البعد ووجود العلّة. وقد يقال بتقديم الجدّ وإن علا على الأب، فإنّ الجدّ وإن علا يشمله اسم الجدّ، لأنّه مقول على الأعلى والأدنى بالتواطي. ويبقى الكلام في إقامة الجدّ مع أبيه مقام الأب مع

---

(١) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢، ومسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦١.
(٢) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣١.
(٣) تذكرة الفقهاء: في المتوليّ لمال الطفل والمجنون ج ١٤ ص ٢٤٤.
(٤ و٦) كما في رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٦.
(٥) القائل هو العلّامة في تذكرة الفقهاء: في ترتّب الأولياء ج ٢ ص ٥٩٤ س ١٨.
(٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب عقد النكاح ... ج ١٤ ص ٢١٧.
(٨) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) ص ٣٣٦.
(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٥١٠ س ٢٢.

الجدّ، فلعلّ الأقوى عدم إقامته لفقد النصّ الموجب له مع اشتراكهما في الولاية، فإنّ الجدّ لا يصدق عليه اسم الأب إلّا مجازاً فلا يتناوله. ومَن جعله أباً حقيقةً ـ كما ذهب إليه جمع من أصحابنا ـ يلزمه تعدّي الحكم[١]. وليس بذلك البعيد كما اخترناه في «حواشينا على الروضة[٢]» فعلى الأوّل يبطل العقد والتصرّف لاستحالة الترجيح بغير مرجّح أو اجتماع الضدّين، وعلى الثاني يقدّم عقد الأعلى. وفي «جامع المقاصد» هل يكون للجدّ الأعلى مع الجدّ الأدنى ولاية؟ فيه نظر[٣].

هذا وفي «مجمع البرهان[٤] والكفاية[٥]» أنّ أكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الأب والجدّ، والأصل يقتضي عدم الاشتراط. قلت: قد تردّد المصنّف في ذلك في وصايا الكتاب[٦]. وفي «الوسيلة» اشتراطها فيه[٧]. وفي «الإيضاح» أنّ الأصحّ أنّه لا ولاية للأب أو الجدّ ما دام فاسقاً، لأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نصّ القرآن على خلافه[٨].

قلت: قد حكي في نكاح «التذكرة[٩]» الإجماع على ولاية الفاسق في النكاح، وقد

---

(١) العبارة المحكية في الشرح عن المسالك إنما هي موجودة بعينها في كتاب النكاح منها باب أولياء العقد، وأمّا في كتاب الوصايا فالموجود إنّما هو مضمون ما حكاه الشارح هنا لا عين ألفاظها، فراجع المسالك: ج ٦ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٩ من كتاب الوصايا، وج ٧ ص ١٧١ من كتاب النكاح.

(٢) لا يوجد كتابه لدينا.

(٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٧.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣٢.

(٥) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٩.

(٦) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٥٦٤.

(٧) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٣.

(٨) إيضاح الفوائد: في الوصايا ج ٢ ص ٦٢٨.

(٩) تذكرة الفقهاء: في أسباب انتفاء الولاية ج ٢ ص ٥٩٩ س ٣٩.

يشهد هذا على خلاف ما في «الإيضاح» فتأمّل. وفي «جامع المقاصد» أنّ الّذي يقتضيه النظر أنّ ولايته ثابتة بمقتضى النصّ والإجماع واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه، والمحذور يندفع بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرّف في ماله وإثبات اليد عليه وإن ظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم حاله استعمله بالاجتهاد وتتبّع سلوكه وشواهد أحواله [1].

وأمّا أنّهما إن فُقدا فالولاية للوصيّ لأحدهما، فإن فُقد الوصي فالحاكم، فلا خلاف في ذلك ولايةً وترتيباً، ولا في كون المراد بالحاكم حيث يطلق مَن يعمّ الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى. ويستفاد من بعض الأخبار [2] ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصي وللمؤمنين مع فقده. وفي «الحدائق» نسبته إلى الأصحاب [3]. وفي «مجمع البرهان [4]» الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وأمانته بعد تعذّر ذلك كلّه. ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالّتي هي أحسن﴾ [5] وحكاية فعل الخضر عليه السلام [6]، والخبر الصحيح [7] يدلّ على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصي من غير قيد تعذّر الحاكم، ولا شكّ أنّه أولى مع إمكانه، وإلّا فالظاهر أنّ له ذلك كما في مال ولده. ولا يبعد ذلك في المجنون والسفيه أيضاً على تقدير ثبوت حجره، لعدم الفرق وللضرورة ولحكاية الخضر عليه السلام، وفهم أنّ العلّة في مال اليتيم هي الحسنى،

---

(١) جامع المقاصد: في الوصية بالولاية ج ١١ ص ٢٧٦.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٨٨ في أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٤٧٤.

(٣) الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر ج ٢٠ ص ٣٧٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

(٥) الإسراء: ٣٤.

(٦) وهي قوله تعالى: وأمّا الجدار فكان لغلامين يتيمين في المدينة وكان تحته كنز لهما وكان أبوهما صالحاً فأراد ربّك أن يستخرجا كنزهما رحمة من ربك» الكهف: ٨٠.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب عقد البيع ح ٢ ج ١٢ ص ٢٧٠.

ولقوله تعالى: ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾ [١].

وأراد بالخبر الصحيح ما رواه محمّد بن إسماعيل بن بزيع [٢] قال: إنّ رجلاً من أصحابنا مات ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد بن سالم القيّم بماله وكان رجلاً خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبدالحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهنّ ولم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنّهنّ فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له: جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصي إلى أحد وخلف جواري، فيقيم القاضي رجلاً منّا ليبعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه، لأنّهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟ فقال: إذا كان القيّم مثلك ومثل عبدالحميد بن سالم فلا بأس. وفي رواية سماعة [٣] قال: سألته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصيّة وله خدم ومماليك وعقار، كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ فقال: إن قام رجل ثقة فقاسمهم ذلك فلا بأس. ومثله صحيحة ابن رئاب [٤].

ولم نجد خلافاً إلّا من ابن إدريس [٥] فإنّه قال: لا يجوز لمن ليس بفقيه تولّي ذلك بحال، وقد يظهر ذلك من المفيد [٦] والتقي [٧] حيث لم يذكرا إلّا السلطان والفقيه.

وأمّا أنّه لا ولاية للأمّ ولا لغيرها من الإخوة والأعمام وغيرهم فهو ممّا لا خلاف فيه. وفي «التذكرة [٨]» الإجماع على أنّه لا ولاية للأمّ. وفي «مجمع البرهان [٩]» أنّه إجماع الأمّة.

---

(١) التوبة: ٩١.

(٢) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب عقد البيع ح ٢ ج ١٢ ص ٢٧٠.

(٣ و٤) وسائل الشيعة: ب ٨٨ في أحكام الوصايا ح ٢ و١ ج ١٣ ص ٤٧٤.

(٥) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ١٩٤.

(٦) المقنعة: في الوصية ص ٦٧٥.

(٧) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٦.

(٨) تذكرة الفقهاء: في المتولّي لمال الطفل والمجنون ج ١٤ ص ٢٤٣.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣١.

والظاهر كما صرّح به المصنّف في «التذكرة[١]» وجماعة[٢] أنّ وصي الأب لا ولاية له مع الجدّ، لأنّ ولايته شرعية وولاية الوصي جعلية.

[فيمن له الولاية على المجنون والسفيه]

وأمّا السفيه فقد قال المصنّف فيما يأتي[٣]: الولاية في ماله للحاكم خاصّة. وأطلق من غير فرق بين مَن تجدّد السفه عليه بعد بلوغه رشيداً أو بلغ سفيهاً. ونحوه في ذلك «المبسوط[٤] والشرائع[٥] والإرشاد[٦] والتبصرة[٧] والتحرير[٨]» وغيرها[٩]. وبذلك الإطلاق صرّح في حجر «التذكرة[١٠]» في أوّل كلامه.

وهذا الإطلاق ذكروه في باب النكاح أيضاً. قال في «الشرائع»: وتثبت ولاية الحاكم على مَن بلغ غير رشيد أو تجدّد فساد عقله يعني بالسفه[١١]. ولم يقيّد الأوّل بفقد الأب والجدّ. وفي «المسالك» أنّ إطلاق الشرائع في الحجر يشمل مَن تجدّد سفهه بعد الرشد ومَن بلغ سفيهاً، وأنّه أشهر القولين، قال: ووجهه ـ على ما اختاره (يعني المحقّق) من توقّف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعه عليه ـ ظاهر، لكون النظر حينئذٍ إليه[١٢]، انتهى. ويأتي بيان الحال فيه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٥١٠ س ١٨.

(٢) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوصية بالولاية ج ١١ ص ٢٦٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شرائط الوصيّ ج ٦ ص ٢٦٧، والبحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر ج ٢٠ ص ٣٧٦.

(٣) سيأتي في ص ١٥٦.

(٤) المبسوط: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٣.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الحجر ج ١ ص ٣٩٧.

(٧) تبصرة المتعلّمين: في الحجر ص ١١٥.

(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٥٤١.

(٩) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣٦.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ١٨٤.

(١١) شرائع الإسلام: في أولياء العقد ج ٢ ص ٢٧٧.

(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٢.

وفي «المفاتيح[1]» أيضاً أنّه أشهر، حكى ذلك في الباب الخامس في التصرّف بالنيابة. وفي «اللمعة[2] وجامع المقاصد[3] وتعليق الإرشاد[4] والمسالك[5] والروضة[6] ومجمع البرهان[7]» أنّه إن بلغ سفيهاً فالولاية فيه للأب والجدّ ثمّ لوصيّ أحدهما، وإن بلغ رشيداً ثمّ تجدّد سفهه فالولاية عليه للحاكم. وقد نفى عنه البأس في «التذكرة[8]» في آخر كلامه، وحكاه الشهيد[9] عن ابن المتوّج. وقد صرّح بذلك الشهيدان[10] أيضاً في باب النكاح. ولم يذكر السفيه في «النافع[11]» في المقام ولعلّه لأنّ حاله عنده كالمجنون بالنسبة إلى المال فاكتفى عنه ببيان ولي المجنون.

قلت: أمّا كون الولاية عليه للحاكم إذا بلغ رشيداً ثمّ تجدّد سفهه فممّا تسالم عليه المطلقون والمفصّلون. وقد حكى في «الكفاية[12]» في مقامٍ آخر و«المفاتيح[13]» ونكاح «الرياض[14]» قول بأنّ ولاية الأب والجدّ تعود بعد زوالها. وهذا القول لم يحكه غير هؤلاء، بل في حجر «الرياض» أنّ ظاهر المسالك والروضة وغيرهما

---

(١) مفاتيح الشرائع: في حكم ولاية الصبيّ والمجنون والسفيه ج ٣ ص ١٨٧.
(٢) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢.
(٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٧.
(٤) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) ص ٤٣٥.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٢.
(٦) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٦.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣١ و٢٣٦.
(٨) تذكرة الفقهاء: في المتولّي لمال الطفل والمجنون ج ١٤ ص ٢٤٤.
(٩) لم نعثر عليه في كتب الشهيد الّتي بأيدينا ولا على مَن نقله عنه.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في عقد النكاح ص ١٨٥، والروضة البهية: في عقد النكاح ج ٥ ص ١١٨.
(١١) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤١.
(١٢) كفاية الأحكام: في النكاح ج ٢ ص ٩٧.
(١٣) مفاتيح الشرائع: في ولاية النكاح ... ج ٢ ص ٢٦٥.
(١٤) رياض المسائل: في أولياء العقد ج ١٠ ص ٩٤.

عدم الخلاف في أنّ الولاية للحاكم دونهما. وهو كذلك، ومن الغريب أنّه بعد ذلك قال: لا يخلو هذا القول من قوّة التفاتاً إلى ثبوتها في بحث التزويج على الأقوى، مضافاً إلى ظهور الإجماع من التذكرة[١]. وقد عرفت أنّ إجماع التذكرة مستفاد من إطلاق ضعيف معارض بمثله فيها، مضافاً إلى أنّه في المجنون لا في السفيه، وثبوتها لهما فيه في التزويج في محلّ المنع أو التأمّل، على أنّ صريح «التذكرة» الإجماع على ثبوت ولاية الحاكم على الإطلاق، قال: ليس له ولاية على الصغيرين ولا على مَن بلغ رشيداً، وإنّما تثبت ولايته على مَن بلغ غير رشيد أو تجدّد فساد عقله إذا كان النكاح صلاحاً له لأصالة انتفاء الولاية، وأمّا ثبوت ولايته على مَن ذكرنا فلأنّه وليّه في ماله إجماعاً فيكون وليّه في النكاح[٢].

وأمّا أنّ الولاية عليه للأب أو الجدّ ثمّ لوصيّ أحدهما إذا بلغ سفيهاً ففي «مجمع البرهان» في باب البيع أنّه ممّا لا خلاف فيه ولا نزاع فيه[٣]. وقد سمعت ما حكاه عن الأكثر في «المسالك والمفاتيح» وما حكيناه عن «التذكرة». وفي نكاح «المفاتيح» أنّه لا خلاف في ثبوت الولاية لهما على السفيه والمجنون مع اتصال السفه والجنون بالصغر[٤].

وحملُ هذا على خصوص النكاح دون المال كما ربّما يتوهّم من ذِكر ذلك في باب النكاح حتّى يرتفع التناقض يردّه ما يُفهم من «التذكرة[٥] والمسالك» من أنّه لا فرق في هذا الخلاف بين المال والنكاح. قال في نكاح «المسالك»: وأمّا ثبوت ولاية الحاكم على مَن بلغ غير رشيد أو تجدّد فساد عقله فعلّلوه بأنّه وليّه في المال

---

(١) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٧.

(٢ و ٥) تذكرة الفقهاء: في ولاية الإمام العادل ج ٢ ص ٥٩٢ س ٢٨ و ٣٠.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في المتعاقدين ج ٨ ص ١٥٧.

(٤) مفاتيح الشرائع: في ولاية النكاح ... ج ٢ ص ٢٦٥.

فيكون وليّه في النكاح. وله تصريح آخر بذلك في آخر كلامه في هذه المسألة[١].

والمفهوم من كلام بعض الأصحاب[٢] في باب النكاح أنّ هذا الخلاف المنفي أو الإجماع المحكي إنّما هو في المجنون خاصّة، بمعنى أنّه إن بلغ مجنوناً فإنّ ولايته للأب والجدّ بلا خلاف. وهو كذلك، لأنّ هذا الإجماع إنّما ادّعي في المجنون، ونراهم يحكون[٣] الخلاف في السفيه، لكنّك قد سمعت ما في «التذكرة» في موضعين.

وبذلك كلّه يظهر ما في «الرياض[٤]» هنا وفي باب النكاح حيث قال: وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفهٍ أو جنونٍ إجماعاً فيما إذا اتصل الفساد بالصغر، لأنّه مخالف لما في موضعين من التذكرة. ولما حكي من كلام بعض الأصحاب ولما حكي عن الأكثر.

وكيف كان، فقول مولانا الصادق عليه السلام في خبر هشام بن سالم: «فإذا احتلم ولم يؤنس منه رشداً وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليّه»[٥] يدلّ على ثبوت ولاية الأب أو الجدّ في صورة اتصال السفه بالبلوغ. وهو الظاهر من قوله: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[٦] فإنّ مفهومه مع عدم إيناس الرشد لا يدفع إليه. والخطاب للأولياء حال الصغر وهم الأب والجدّ ومَن تفرّع عليهما بلا خلاف.

وأمّا القائلون بأنّ ولاية السفيه للحاكم سواء تجدّد سفهه بعد البلوغ رشيداً أو بلغ سفيهاً فقد قال في «المسالك» كما أسمعناكه: إنّ وجهه ظاهر على تقدير القول

---

(١) مسالك الأفهام: في أولياء العقد ج ٧ ص ١٤٦ ـ ١٤٧.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: في البيع ج ١٨ ص ٤٠٥.

(٣) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في عقد النكاح ج ١٢ ص ٩٤، والمحقّق في المختصر النافع: في أولياء العقد ص ١٧٣، والبحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على السفيه ج ٢٠ ص ٣٧٤.

(٤) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٦ و٥٦٨، وفي أولياء العقد ج ١٠ ص ٩٤.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٤٤ في أحكام الوصايا ح ٩ ج ١٣ ص ٤٣٠.

(٦) النساء: ٦.

بتوقّف الحجر بالسفه ورفعه على حكم الحاكم، لكون النظر حينئذٍ إليه. وكأنّه أخذ ذلك من «التذكرة» حيث قال: الولاية في مال السفيه للحاكم سواء تجدّد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيهاً، لأنّ الحجر يفتقر إلى حكم الحاكم وزواله أيضاً يفتقر إليه، فكان النظر في ماله إليه[1].

وفي كلامهما نظرٌ من وجهين:

الأوّل: أنّه قد قال في «التذكرة»: إذا بلغ الصبيّ لم يدفع إليه ماله إلّا بعد العلم برشده، ويستديم التصرّف في ماله مَن كان متصرّفاً فيه قبل بلوغه أباً كان أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً أو أمين حاكم، فإن عرف رشده انفكّ الحجر عنه ودفع إليه المال، وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فكّ الحجر أم يفتقر إلى حكم الحاكم وفكّ القاضي؟ الأقرب الأوّل لقوله جلّ شأنه: ﴿فإن آنستم منهم رشداً﴾ ولزوال المقتضي للحجر كالمجنون، ولأنّه لو توقّف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فكّ الحجر عنهم من الحاكم ولكان عندهم من أهمّ الأشياء ... إلى آخره[2]. وهذا ظاهر أو نصّ في استمرار ولاية الأب والجدّ على مَن بلغ سفيهاً، مع أنّ مذهبه كما سمعته توقّف الحجر وزواله على حكم الحاكم، وما ذاك إلّا من حيث تخصيصهم القول بالتوقّف على حكم الحاكم بصورة تجدّد السفه بعد البلوغ، وأنّه لا نزاع في عدم توقّف حجر السفيه على حكم الحاكم إذا كان السفه متّصلاً بالبلوغ. ويأتي[3] في باب السفيه نقل الإجماعات على ذلك. وحينئذٍ فتفريع ولاية الحاكم في صورة اتصال السفه بالبلوغ على القول بتوقّف الحجر وزواله على حكم الحاكم كما ذكراه غير سديد.

وينقدح من هذا أنّه لا ينبغي النظر إلى الدليل فإنّه قد يرجّح الحكم عند الفقيه

---

(١) تذكرة الفقهاء: في المتولّي لمال الطفل والمجنون ج ١٤ ص ٢٤٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام السفيه ج ١٤ ص ٢١٦ ـ ٢١٧.

(٣) سيأتي في ص ١٢٩ ـ ١٣٠.

وإنّما يتصرّف الوليّ بالغبطة.

لأمرٍ ويستدلّ عليه بدليلٍ غير صحيح كما يظهر ذلك لمن تتبّع «الخلاف والمختلف والمنتهى» وغيرها. ألا تراه في «التذكرة» كيف قال بعد استدلاله وقوله فكان النظر في ماله إليه ما نصّه: وقال أحمد إن بلغ الصبيّ سفيهاً كانت الولاية للأب والجدّ أو الوصيّ لهما مع عدمهما وإلّا فالحاكم، ولا بأس به كما حكيناه عنه آنفاً[1]، فإنّ هذا يدلّ على عدم تمام دليله السابق وعدم صحّة الدعوى. فينبغي تأويل دليله الأوّل إن أمكن، وإلّا فهو رجوع كما هو الظاهر هنا. وأمّا قوله في «التذكرة» «الأقرب الأوّل» فالظاهر أنّه لمكان خلاف بعض الشافعية[2].

النظر الثاني: إنّا إن سلّمنا توقّف حجر السفيه وزواله على حكم الحاكم فإنّا نمنع الملازمة، إذ لا يستلزم ذلك كون الولاية له، لجواز أن لا يثبت ولا يزول إلّا بحكمه مع كون الولاية والتصرّف للأب والجدّ، وإنّما التوقّف لعدم معرفته وقصر نظره بخلاف الحاكم فإنّه المجتهد الجامع للشرائط القائم مقام الصاحب عجلّ الله فرجه.

وأمّا المفلّس فلا خلاف ولا نزاع أصلاً في كون الولاية في ماله للحاكم خاصّة كما طفحت به عباراتهم[3] وأفصحت به كلماتهم في بابه وغير بابه من غير تأمّل ولا حكاية خلاف.

[في موارد تصرّف الوليّ في مال المولّى عليه]

قوله: ﴿وإنّما يتصرّف الوليّ بالغبطة﴾ قال في «التذكرة»: الضابط في

---

(١) تقدّم في ص ٨٥.

(٢) منهم النووي في المجموع: في الحجر ج ١٣ ص ٣٧٣.

(٣) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٢، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٢، والعلّامة في تبصرة المتعلّمين: في الحجر ص ١١٥.

فلو اشترى لا معها لم يصحّ، ويكون الملك باقياً للبائع. والوجه أنّ له استيفاء القصاص والعفو على مالٍ لا مطلقاً.

تصرّف المتولّي لأموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة وكون التصرّف على وجه النظر والمصلحة[1]. وظاهره أنّه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين، وأنّه لا فرق في ذلك بين الأب والجدّ والوصي والحاكم وأمينه. وقد تقدّم لنا في باب الرهن[2] نقل كلام الأصحاب في إقراض الوليّ لماله واقتراضه ونقل الأدلّة على ذلك مع تمام الاستيفاء، ويأتي في مطاوي المقام تمام الكلام.

قوله: ﴿فلو اشترى لا معها لم يصحّ، ويكون الملك باقياً للبائع﴾ ويكون الثمن باقياً أيضاً على مال المولّى عليه ونماؤه له.

قوله: ﴿والوجه أنّ له استيفاء القصاص والعفو على مالٍ لا مطلقاً﴾ القول بأنّ له استيفاء القصاص خيرة حجر «التذكرة[3] والإيضاح[4] وجامع المقاصد[5]» وقصاص «الإرشاد[6] والإيضاح[7] وحواشي الكتاب[8] والمسالك[9]

---

(١) تذكرة الفقهاء: في المتولّي لمال الطفل والمجنون ج ١٤ ص ٢٤٥.

(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٤١ ـ ٣٤٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٥٩.

(٤) إيضاح الفوائد: في حجر الصبيّ ج ٢ ص ٥٢.

(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٧.

(٦) إرشاد الأذهان: في الجنايات ج ٢ ص ١٩٩.

(٧) إيضاح الفوائد: في كيفية الإستيفاء ج ٤ ص ٦٢٣ ـ ٦٢٤.

(٨) لفظ «الحواشي» المضافة إلى الكتاب حسب اصطلاح الشارح في الكتاب وحسب ما يتبادر من موارد استعماله هو المنسوب إلى الشهيد ﷺ إلّا أنّه غير موجود في حواشيها الموجودة لدينا المعروفة بالنجّارية. نعم ذكر ما نسبه الشارح إلى الحواشي، في كنز الفوائد للسيّد العميد: ج ١ ص ٥٣٦، وإرادة الشارح ما في الكنز من الحواشي محتملٌ فإنّ الكنز حاشية على القواعد لا شرح عليه.

(٩) مسالك الأفهام: في القصاص ج ١٥ ص ٢٤٦.

والروضة[١] والمفاتيح[٢]». وفي قصاص «الكتاب[٣] والتحرير[٤]» لو قيل به كان حسناً. قلت: وجهه تسلّطه على استيفاء حقوقه مع المصلحة ولما في التأخير من التعريض للضياع.

والمحقّق في «الشرائع» استشكل[٥]، ولم يرجّح الشهيد في «غاية المراد[٦]» والمقدّس الأردبيلي في «مجمع البرهان[٧]». وقال الشيخ في «الخلاف[٨] والمبسوط[٩]»: ليس له استيفاء القصاص. وهو خيرة الشهيد في قصاص «اللمعة[١٠]» وفي الأوّل الإجماع عليه. وهو ـ أي الإجماع ـ ظاهر الثاني.

ونصّ في «المبسوط» على أنّه يحبس حتّى يبلغ الصبيّ أو يفيق المجنون أو يموت فيقوم وارثه مقامه[١١]. ولا فرق في ذلك بين الطرف والنفس. ووافقه عليه الشهيد في «اللمعة[١٢]» لأنّ فيه منفعة للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق، والواجب على الحاكم حفظ الحقوق، ولا يتمّ هنا إلّا بالحبس، وما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب. وفي قصاص «الشرائع» أنّه ـ أي الحبس ـ أشدّ إشكالاً[١٣]. ومنع منه في «المسالك[١٤]» وتبعه الكاشاني[١٥]. وفي «غاية المراد» أنّ تجويز العفو على مال ثمّ تجويز القصاص للصغير أقوى إشكالاً من التأخير والحبس[١٦]. وكأنّ هذه الإشكالات كلّها ليست في محلّها.

---

(١) الروضة البهية: في القصاص ج ١٠ ص ٩٦.
(٢ و١٥) مفاتيح الشرائع: في استيفاء القصاص ج ٢ ص ١٤٠.
(٣) قواعد الأحكام: في كيفية الاستيفاء ج ٣ ص ٦٢٢.
(٤) تحرير الأحكام: في كيفيه استيفاء القصاص ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢٦.
(٥ و١٣) شرائع الإسلام: في كيفية الاستيفاء ج ٤ ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠.
(٦ و١٦) غاية المراد: في قتل العمد ج ٤ ص ٣٢٥ و٣٢٦.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في عقوبة القتل ج ١٣ ص ٤٣١.
(٨) الخلاف: في الجنايات ج ٥ ص ١٧٩ مسألة ٤٣.
(٩ و١١) المبسوط: في الجراح ج ٧ ص ٥٤ ـ ٥٥.
(١٠ و١٢) اللمعة الدمشقية: في القصاص ص ٢٩٥.
(١٤) مسالك الأفهام: في كيفية استيفاء القصاص ج ١٥ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

والشيخ استند فيما ذهب إليه إلى أنّ الاستيفاء تفويت لا يمكن تلافيه، وكلّ تصرّف هذا شأنه لا يملكه الوليّ كالعفو عن القصاص فإنّه لا يتمّ ولا يسقط به القصاص إذا كمل المولّى عليه وإن كان على مال، وكذلك الطلاق والعتق، بخلاف تصرّف يمكن تلافيه فإنّه للولي أن يفعله كالنكاح. ولذا قال في «المبسوط[1]»: إنّ للولي العفو عن القصاص على مال، لأنّ المولّى عليه إذا كمل كان له القصاص. ولم يستند إلى أنّ القصاص للتشفّي وهو منتفٍ كما حكاه عنه المصنّف في «التذكرة[2]» وولده في «الإيضاح[3]» والمحقّق الثاني في «جامع المقاصد[4]» حتّى يجاب بأنّه ربما ظهرت علامات موته وأنّ انتفاء التشفّي ليس بظاهر إذا بلغ الطفل وعلم بفعل الوليّ. ولعلّ ذلك هو الّذي جرّأ المتأخّرين على مخالفة الشيخ مع دعواه الإجماع، على أنّه لو كان قد استدلّ بذلك لم يكن لهم المخالفة مع دعواه الإجماع، لأنّك قد عرفت آنفاً أنّه قد يقوى الحكم في نفس الفقيه لأمرٍ عنده ويستدلّ عليه بما لا ينهض حجّة تقريباً، لكنّه في لقطة «المبسوط» استند إلى التشفّي[5].

وتصوير المسألة في طفل قُتلت اُمّه وله أب أو جدّ عندنا، وقد طلّقها أبوه عند العامّة. وتمام الكلام في باب القصاص[6].

وليعلم أنّ الشيخ منع من القصاص للإمام في لقطة «المبسوط» فيما إذا جنى على طرف اللقيط وكان صغيراً[7]. وجزم في لقطة «الإرشاد[8]» بجوازه له مع

---

(١) المبسوط: في الجراح ج ٧ ص ٥٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٥٩.

(٣) إيضاح الفوائد: في حجر الصبيّ ج ٢ ص ٥٢.

(٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٧.

(٥ و٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٤٦.

(٦) سيأتي في ج ١٠ ص ٩٠ من الطبعة الرحلية الّذي حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٨) الموجود في الإرشاد هو الجواز بلا ذكر قيد المصلحة في ظاهر اللفظ إلّا أنّ ذكره مستدرك لأنّ الأحكام الثابتة في باب ولاية الوليّ أيّاً من كان الوليّ حسب ما يستفاد من الكتاب ←

المصلحة. وهو الّذي قرّبه المصنّف في لقطة «الكتاب[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] ومجمع البرهان[٦]» ونسبه في «المسالك» إلى الأكثر[٧]. وقال في «الشرائع»: لو قيل به كان حسناً[٨]. ولا ترجيح في «الدروس[٩]».

وأمّا أنّه له العفو على مال فظاهر قصاص «المبسوط» الإجماع عليه، سواء كان الصبيّ في كفاية أو فقيراً لا مال له، قال: له ذلك عندنا، لأنّه له القصاص إذا بلغ فلا يبطل التشفّي الذي استند إليه قوم من العامّة في عدم جواز العفو على مال[١٠]. وهو خيرة «التحرير[١١]» في باب القصاص، وخيرة قصاص «الكتاب[١٢] والإرشاد[١٣] ومجمع البرهان[١٤]» بشرط المصلحة لا بدونها، وخيرة حجر «التذكرة[١٥] وجامع المقاصد[١٦]» مع الشرط المذكور. واحتمل المنع في «التحرير[١٧]» إذا كان ذا كفاية

← والسنّة والعقل دائرة مدار وجود المصلحة للمولّى عليه، وأنّه لو لم تكن له مصلحة لايجوز للوليّ التصرّف في شؤونه، فتدبّر جيداً وراجع إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١.

(١) قواعد الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٢٠٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في حكم اللقيط والجناية عليه ج ٢ ص ٢٧٧ س ١٩.

(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.

(٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٢٤.

(٥ و ٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٣.

(٨) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.

(٩) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٠ ـ ٨١.

(١٠) المبسوط: في الجراح ج ٧ ص ٥٥.

(١١) تحرير الأحكام: في كيفيه الاستيفاء ج ٥ ص ٤٩٦.

(١٢) قواعد الأحكام: في الجنايات ج ٣ ص ٦٤٨.

(١٣) إرشاد الأذهان: في الجنايات ج ٢ ص ٢٠٢.

(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: تتمّة في العفو ج ١٤ ص ١٣٩.

(١٥) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٥٩.

(١٦) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٧.

(١٧) تحرير الأحكام: في كيفيه الاستيفاء ج ٥ ص ٤٩٦، وفي اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.

لما فيه من تفويت حقّه من غير حاجة.

وينبغي معرفة ما ذا أراد بالمصلحة مَن قيّد بها فهل أراد بها أن يكون فقيراً لا كفاية له أو ما هو أعمّ من ذلك بحسب نظره؟ الظاهر الثاني كما ستسمع. والظاهر أنّهم يقولون بأنّ له القصاص إذا بلغ كما سمعته في «المبسوط» (كما ستسمعه عن المبسوط ـ خ ل) وقد جوّز في لقطة «التحرير[1] والإرشاد[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4] ومجمع البرهان[5]» للإمام العفو على الدية إذا جني على اللقيط. ونسبه في «المسالك» إلى الأكثر[6]. ومنع من ذلك في لقطة «المبسوط[7] والتذكرة[8]» وتمام الكلام في هذا يأتي في اللقطة[9].

وأمّا أنّه ليس له العفو مطلقاً غير مقيّد بالمال فهو خيرة قصاص «الكتاب[10] والتحرير[11]» وظاهر «الإيضاح[12]» لانتفاء المصلحة. واختير في حجر «التذكرة[13] وجامع المقاصد[14]» وقصاص «الإرشاد[15] والروض[16]» وكذا «مجمع البرهان[17]»

(١) تحرير الأحكام: في كيفية الاستيفاء ج ٥ ص ٤٩٦، وفي اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.

(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١. (٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٢٤.

(٤ و٦) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٣.

(٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٤٦.

(٨) تذكرة الفقهاء: في حكم اللقيط والجناية عليه ج ٢ ص ٢٧٧ س ١٩ وفيه «الأقوىٰ عندي أنّ له الاستيفاء».

(٩) سيأتي في ج ٦ ص ١١٦ من الطبعة الرحلية الّذي حسب تجزئتنا الجزء السابع عشر.

(١٠) قواعد الأحكام: في الجنايات ج ٣ ص ٦٤٨.

(١١) تحرير الأحكام: في كيفية الاستيفاء ج ٥ ص ٤٩٦.

(١٢) إيضاح الفوائد: في كيفية الاستيفاء ج ٤ ص ٦٢٤.

(١٣) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الولي ج ١٤ ص ٢٥٩.

(١٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٧.

(١٥) إرشاد الأذهان: في الجنايات ج ٢ ص ٢١٢.

(١٦) راجع غاية المراد: في الجنايات ج ٤ ص ٣٩٨.

(١٧) مجمع الفائدة والبرهان: تتمّة في العفو ج ١٤ ص ١٣٩.

ولا يُعتق عنه إلّا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز، ولا يُطلّق عنه بعوض ولا غيره،

أنّ له ذلك مع المصلحة. ويمكن فرضها بأن يكون الّذي يقتصّ منه ذاجاهٍ وسلطان، ويحصل للطفل بسبب العفو عنه مراعاة في الخراج فلا يأخذ منه شيئاً، ويتوجّه إليه بالتربية وعلوّ المنزلة. ولو اقتصّ منه حصل لهمنه ضرر في نفسه أو ماله أو أقاربه أو نحو ذلك، مع أنّه لانفع له في القصاص أصلاً، ومع العفو عن شيء يسقط ذلك الشيء لا غير كما إذا استحقّ على شخصٍ واحدٍ قصاص طرفٍ ونفس. وفي «التحرير[1] وكشف اللثام[2]» لو كان الأصلح أخذ الدية وبذلها الجاني ففي منع الوليّ من القصاص إن قلنا بأنّ له استيفاءه إشكال. قلت: إذا قلنا بأنّ ذلك لا يسقط قصاصه إذا بلغ فلا إشكال في منعه. وتمام الكلام في الفصل السابع في العفو من كتاب القصاص[3].

قوله: ﴿ولا يُعتق عنه إلّا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز﴾ الّذي لا يُنتفع به في الاستخدام وغيره ولا يرغب في شرائه راغب. ومثله ما إذا كان له جارية ولها اُمّ وقيمتهما مجتمعين مائة، ولو انفردت البنت ساوت مائتين ولا يمكن إفرازهما بالبيع، فلو اُعتقت الاُمّ ليكثر ثمن البنت كان جائزاً. وله أيضاً إعتاقه على مال إذا اقتضت المصلحة ذلك كأن تكون قيمة العبد مائة فيعتقه على مائتين أو يكاتبه على ذلك كما قرّبه في «التذكرة» قال: ولو لم يكن للطفل حظّ لم يصحّ قطعاً[4].

قوله: ﴿ولا يُطلّق عنه بعوض ولا غيره﴾ إجماعاً كما في «جامع

---

(١) تحرير الأحكام: في كيفيّة الاستيفاء ج ٥ ص ٤٩٦.

(٢) كشف اللثام: في العفو ج ٢ ص ٤٨٢ س ٢.

(٣) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٠٣ من الطبعة الرحلية (تعليقات على باب القصاص) الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٤) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٦٠.

ولا يعفو عن الشفعة إلّا لمصلحة،

المقاصد[١]» في المقام وغيره[٢] في باب الطلاق. ولا فرق في ذلك بين الحاكم وغيره. ويدلّ عليه الأصل وعموم «الطلاق بيد من أخذ بالساق» كما في المستفيضة[٣]، وخصوص المعتبرة المستدلّ بها في الأب والجدّ بالمنطوق، وفي الحاكم بالأولوية منها الصحيح[٤] وغيره هل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.

والفرق بينه وبين المجنون حيث حكموا بجواز طلاقه عنه أنّ له مدّة يمكن فيها زوال المنع عن الطلاق بخلاف المجنون، فتأمّل. والأصل فيه استفاضة النصوص المخرجة فيه عن حكم الأصل وإجماع «الإيضاح[٥]» بخلاف الصبيّ فلا مخرج عنه فيه، فيصحّ طلاق الوليّ عن المجنون مطلقاً مطبقاً كان أو أدوارياً خلافاً «للخلاف[٦] والسرائر[٧]» مدّعياً عليه في «الخلاف» الوفاق مع عموم الخبر المستفيض «الطلاق بيد من أخذ بالساق» وهو مخصوص بما عرفت، والإجماع معارض بمثله موهون بمصير الأكثر إلى خلافه، سلّمنا لكنّه خبر صحيح لا يعارض الأخبار الصحاح وغيرها ممّا انجبر بالشهرة.

قوله: ﴿ولا يعفو عن الشفعة إلّا لمصلحة﴾ إذا باع شريكه شقصاً مشفوعاً كان لوليّه العفو والأخذ بحسب المصلحة، فإن عفا الوليّ بحكم المصلحة ثمّ بلغ الصبيّ وأراد الأخذ لم يمكّن منه، وكذا لو أخذ كذلك ثمّ بلغ وأراد ردّه لم يكن له

(١) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٨.
(٢) كرياض المسائل: في الطلاق ج ١١ ص ٣٩.
(٣) مستدرك الوسائل: ب ٢٣ من أبواب مقدّمات الطلاق ... ح ٣ ج ١٥ ص ٣٠٦.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب مقدّمات الطلاق ... ج ١٥ ص ٣٢٩.
(٥) إيضاح الفوائد: في المطلق ج ٣ ص ٢٩٢.
(٦) الخلاف: في الخلع ج ٤ ص ٤٤٢ مسألة ٢٩.
(٧) السرائر: في الطلاق ج ٢ ص ٦٧٣.

ولا يُسقط مالاً في ذمّة الغير. وله أن يأكل بالمعروف مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى. والوجه أنّه لا يتجاوز أجرة المثل.

ذلك كما سيأتي في باب الشفعة[١] من دون نقل خلاف ولا إشكال.

قوله: ﴿ولا يُسقط مالاً في ذمّة الغير﴾ إلّا مع المصلحة كاستكفاف الظالم بإبرائه منه، بل له أن يرشيه لمثل ذلك ولتخليص ماله من تعويقه وإطلاق زرعه، بل لو طمع في ماله وجب عليه أن يعطيه مالاً يقدر على دفعه عن ماله إلّا به، فإن كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن.

[في مورد جواز أكل الوليّ من مال المولّى عليه]

قوله: ﴿وله أن يأكل بالمعروف مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى والوجه أنّه لا يتجاوز أُجرة المثل﴾ وليّ اليتيم القائم بأمره وجمع أمواله وحفظها إمّا أن يكون غنياً أو فقيراً، فإن كان فقيراً جاز له أن يأخذ إجماعاً، وفي قدره خلاف كما في «التذكرة[٢]». وفي «التنقيح» لا خلاف في جواز أخذه شيئاً[٣]. ونفى عنه الريب في «الكفاية[٤]» والاقتصار في «النافع[٥]» على الوصي لأنّه الغالب أو لأنّ غيره واجب النفقة عليه، فتأمّل. ويأتي في بيان الغني ما يعرف به وجه التأمّل.

وأمّا إذا كان غنياً فخيرة «المبسوط[٦] والسرائر[٧] والنافع[٨] وكشف الرموز[٩]

---

(١) سيأتي في ج ٦ ص ٣٣٦ و٣٤٢ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع عشر.

(٢) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٦٨.

(٣) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ص٣٩٦.

(٤) كفاية الأحكام: في الوصاية ج ٢ص٧١.

(٥) المختصر النافع: في الوصايا ص١٦٥.

(٦) المبسوط: في البيوع ج ٢ص١٦٣.

(٧) السرائر: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ج ٢ ص ٢١١.

(٨) المختصر النافع: في الوصايا ص١٦٥.

(٩) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ص ٨١.

والتحرير[١] واللمعة[٢] والتنقيح[٣] وكنز العرفان[٤] وجامع المقاصد[٥]» في موضعين منه و«المسالك[٦] والروضة[٧] والمفاتيح[٨] والرياض[٩]» أنّه يجب عليه الاستعفاف، وإليه مال في «إيضاح النافع» لظاهر الأمر به في الآية الشريفة[١٠]، وفي الموثّق[١١] تقييده بما إذا كان محتاجاً وليس له ما يقيمه، لكنّ بعض هؤلاء قال: إنّه يأخذ الأُجرة كما ستسمع، وحقّه أن لا يفرّق في جواز الأخذ بين الغني والفقير، لأنّ محطّ نظره هو العمل دون الفقر كما نبّه عليه في وصايا «جامع المقاصد[١٢]».

وصريح «التذكرة[١٣]» وظاهر «الوسيلة[١٤] والشرائع[١٥] والكتاب[١٦]» في موضعين أنّه يستحبّ له التعفّف مع الغنى، بل هو ظاهر «النهاية[١٧]» والمحكي[١٨] عن أبي عليّ لقرينة العفّة الظاهرة في الجواز. وفي «المسالك» له وجه[١٩]. قلت: كأنّ هذه القرينة

---

(١) تحرير الأُحكام: في التصرّف في مال اليتيم ج ٢ ص ٥٤٣.
(٢) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٨١.
(٣) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٩٦.
(٤) كنزالعرفان: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٥.
(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٨، وفي الوصية بالولاية ج ١١ ص ٣٠٢.
(٦ و ١٩) مسالك الأفهام: في شرائط الوصيّ ج ٦ ص ٢٧٦ و٢٧٧.
(٧) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٨٠.
(٨) مفاتيح الشرائع: في حكم أخذ الأُجرة لوليّ اليتيم من ماله ج ٣ ص ١٨٩.
(٩) رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٥٠٥.
(١٠) النساء: ٦.
(١١) وسائل الشيعة: ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٤ ج ١٢ ص ١٨٥.
(١٢) جامع المقاصد: في الوصية بالولاية ج ١١ ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.
(١٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٤ س ٢٨.
(١٤) الوسيلة: في بيان التصرّف في مال اليتيم ص ٢٧٩.
(١٥) شرائع الإسلام: في الأوصياء ج ٢ ص ٢٥٨.
(١٦) قواعد الأُحكام: في الوصية بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.
(١٧) النهاية: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣.
(١٨) الحاكي عنه المقداد في التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٩٦.

لا تقوى على صرف الأمر عن ظاهره في الآية وكذا الرواية. وقد نسب إليهم في «التنقيح» أنّهم يقولون بكراهية الأخذ[١]، ولعلّه لأنّه ترك مستحبّ، وفيه نظر.

ولعلّ مرادهم بالغني الغني الشرعي، وهو القادر على قوت سنة له ولعياله الّذي هو ضدّ الفقير الشرعي، ويحتمل إرادة الغني عرفاً. وهذا فيمن صار المال في يده باختياره أو صار وصيّاً كذلك.

وأمّا مَن يجعله الحاكم فيمكن أن يكون له أخذ أُجرة المثل وإن كان غنياً، ويجوز للحاكم أن يعيّن له ذلك إذا لم يوجد المتبرّع. هذا كلّه مع نيّة أخذ العوض بعمله.

أمّا لو نوى التبرّع لم يكن له أخذ شيء مطلقاً قطعاً. ولو ذهل عن القصد فالظاهر جواز الأخذ لأنّه مأمور بالعمل من الشارع فيستحقّ عوضه ما لم يتبرّع، لأنّه عمل محترم، فكان كما لو أمره مكلّف بعملٍ له أُجرة في العادة فإنّه يستحقّ عليه أُجرة المثل ما لم ينو التبرّع كما ذكروه في باب الإجارة[٢] خصوصاً إذا قلنا بجواز أخذ قدر الكفاية للإذن فيها من الله سبحانه من غير قيد، فيشمل ما إذا نوى العوض أو لم ينو.

ثمّ إنّ ظاهر إطلاق أكثر العبارات عدم الفرق في جواز الأخذ بين كثرة المال وقلّته. وهو الموافق لإطلاق الآية وبعض الروايات، لكن في بعض العبارات كعبارة «النهاية[٣] والوسيلة[٤] والسرائر[٥]» وغيرها[٦] إشعار باشتراط الكثرة، وفي الصحيح[٧]

---

(١) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٩٦.

(٢) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الإجارة ج ١٠ ص ٤٩، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الإجارة ج ٥ ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الإجارة ج ٢١ ص ٦٣٣.

(٣) النهاية: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ص ٣٦٢.

(٤) الوسيلة: في بيان التصرّف في مال اليتيم ص ٢٧٩.

(٥) السرائر: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ج ٢ ص ٢١١.

(٦) كرياض المسائل: في الوصايا ج ٩ ص ٥٠٦.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ و٤ ج ١٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

أو القريب منه: «فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» وفي الموثّق [١] «وإن كانت صنيعتهم لا تشغله عمّا يعالج لنفسه فلا يرزأنّ من أموالهم شيئاً» إذ ظاهره اشتراط صرف العمل كلّه في مال اليتيم، وهو يوافق القول بالأخذ قدر الكفاية. ولعلّه بدون ذلك لا يتمّ، فتأمّل.

وظاهر أكثر العبارات والروايات [٢] تخصيص الحكم بالمتولّي لأموال الأيتام. وقضيّته أنّه لو لم يكن يتيم أو كان لكن لا ولاية له عليه بل على الثلث أو قضاء الدّين مثلاً أنّه لا يستحقّ شيئاً، لكن جملة من العبارات كعبارة «التذكرة [٣]» في باب الوصايا و«الكتاب [٤] والدروس [٥]» أطلق فيها الحكم، وهو الأظهر، وإلّا فلو كان وصيّاً على الأطفال وقضاء الدّين وثلث المال وتحصيله وإنفاقه في وجوه البرّ ونحو ذلك لكان عمله المتعلّق بالثلث وقضاء الدّين لا أُجرة له أو يأخذها من مال الأطفال، وكلاهما محلّ منع أو إشكال، والموافق للاعتبار التوزيع. واستوضح ذلك فيما إذا كان وصيّاً على قضاء الدّين أو الثلث وحده أو عليهما فإنّه لو لم يستحقّ أُجرة لضاع عليه العمل المحترم المأمور به من الميّت والشارع الغير المتبرّع به وذلك بعيد، فليتأمّل، بل قد يدّعى الأولوية لأنّه إذا جاز الأكل من مال اليتيم فبالأولى أن يجوز من الثلث والدّين.

هذا وإذا جعل للوصيّ شيئاً لحقّ سعيه جاز بلا ريب كما في وصايا «جامع المقاصد [٦]». وفي «التنقيح» إن كان الجعل أُجرة مثله من غير زيادة صحّ بلا خلاف،

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ و ٤ ج ١٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

(٢) نفس المصدر السابق والباب.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٤ س ٢٦.

(٤) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٥٦٧.

(٥) الدروس الشرعية: في الوصاية ج ٢ ص ٣٢٧.

(٦) جامع المقاصد: في الوصية بالولاية ج ١١ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢.

وإن زاد فإن خرجت الزيادة من الثلث وإلّا اعتبرت إجازة الوارث [1]، انتهى. وهو كذلك، وإن عيّن له ما هو أنقص من أُجرة مثله لم يتجاوز عنه إذا علم ورضي به.

ومحلّ الخلاف ما إذا لم يجعل له جعلاً فتولّى أُمور الأطفال وقام بمصالحهم، وقد عرفت أنّهم أجمعوا على أنّه له أن يأخذ مع فقره شيئاً، وفي قدره حينئذٍ ثلاثة أقوال كما في «كشف الرموز [2] والمهذّب البارع [3] والمقتصر [4] والتنقيح [5]» وغيرها [6] ممّا صرّح به أو ذكر فيه توجيه أقلّ الأمرين كما ستعرف. وجعل في «النافع [7]» قولين في المسألة مع فقره وترك فيها أقلّ الأمرين. وقد حكى هذين القولين «كاشف الرموز [8]» في تفسير قوله جلّ شأنه ﴿فليأكل بالمعروف﴾، وجعل في «السرائر [9]» في أوّل كلامه في المسألة مع فقره قولين: قدر الكفاية وأقلّ الأمرين منها ومن أُجرة المثل، وفي آخر الباب جعل الأقوال ثلاثة مع الفقر أيضاً. وظاهر «الشرائع [10]» ووصايا «الكتاب [11]» وغيرهما [12] أنّ في المسألة مع غناه ثلاثة أقوال.

وفي «الإيضاح» أنّ في المسألة خمسة أقوال، الأوّل: أنّه أُجرة المثل، قال: وهو قول الشيخ في النهاية في باب التصرّف في مال الأيتام. قلت: يعني في آخر الباب

(١ و٥) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٩٦.
(٢) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨١.
(٣) المهذّب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١١٩.
(٤) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٧.
(٦) كرياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٥٠٥.
(٧) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٥.
(٨) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨١.
(٩) السرائر: في التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٢١١ وص ٢١٤.
(١٠) شرائع الإسلام: في الأوصياء ج ٢ ص ٢٥٨.
(١١) قواعد الأحكام: في الوصية بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.
(١٢) كالروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٨٠.

المذكور. الثاني: أنّ له قدر الكفاية، قال: وهو قول الشيخ في النهاية، قلت: يعني في أوّل الباب المذكور. الثالث: أقلّ الأمرين، قال: وهو قول الشيخ في الخلاف والتبيان. الرابع:قال:وقال في المبسوط:إذاكان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين من كفايته وأجرة مثله. الخامس: قال: قال ابن إدريس: يأخذ قدر الكفاية إن كان فقيراً، قال: فهذه خمسة أقوال[1]. قلت: يجمعها أُجرة المثل مطلقاً، قدر الكفاية مطلقاً، أقلّهما إن كان فقيراً، ويلزمه قول سادس وهو أُجرة المثل مع الحاجة، لأن كان معروفاً لا يكاد ينكر كما ستسمع.

ونحن نذكر الكتب الّتي اختير فيها أحد هذه الأقوال، ولا ينبغي أن نعيد ذكر ما قيّد فيها أحد الأقوال بالفقر وما أُطلق فيها ذلك، لأنّك قد عرفتها فيما سلف.

فالقول بأنّ له أُجرة المثل خيرة «النهاية» في آخر الباب كما عرفت[2] و«الشرائع[3] والنافع[4] وكشف الرموز[5] والتذكرة[6] والكتاب[7]» في البابين و«الإيضاح[8] واللمعة[9] والمقتصر[10] والمسالك[11] والمفاتيح[12]» على اختلاف آرائهم في التقييد والإطلاق. وجعله في «كشف الرموز» مقتضى النظر[13]. وعن «مجمع البيان» أنّه الظاهر من

(١) إيضاح الفوائد: في شروط الوصيّ ج ٢ ص ٦٣٣.

(٢) تقدّم في ص ١٠١.

(٣) شرائع الإسلام: في الأوصياء ج ٢ ص ٢٥٨.

(٤) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٥.

(٥ و١٣) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨١.

(٦) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٦٧.

(٧) قواعد الأحكام: في الوصية بالولاية ج ٢ ص ٥٦٧.

(٨) إيضاح الفوائد: في حجر الصبيّ ج ٢ ص ٥٣، وفي الوصايا ص ٦٣٢.

(٩) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٨١.

(١٠) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٨.

(١١) مسالك الأفهام: في شرائط الوصيّ ج ٦ ص ٢٧٧.

(١٢) مفاتيح الشرائع: في حكم أخذ الأجرة لوليّ ... ج ٣ ص ١٨٨.

روايات أصحابنا[1]. ويرد على «النافع وكشف الرموز واللمعة والمسالك والمفاتيح» ما أوردناه عليه آنفاً ممّا حكيناه عن «جامع المقاصد[2]».

والقول بأنّ له قدر كفايته خيرة «النهاية[3] والوسيلة[4] والسرائر[5]». وفي الأخير أنّه الحقّ اليقين، وكأنّه ظاهر «فقه الراوندي[6]». وفي «كشف الرموز» أنّه خيرة الشيخ وأتباعه[7].

والقول بأقلّ الأمرين خيرة «التبيان[8] والمبسوط[9] والخلاف» على ما حكي[10] ولم أجده[11] في الخلاف[12]. وفي «كشف الرموز[13] والتنقيح[14] وكنز العرفان[15] والرياض[16]» أنّه أولى وأحسن.

وفي «جامع المقاصد[17]» أنّه أصحّ. وفي «الروضة[18]» أنّه أقوى. وفي

(١) مجمع البيان: ج ٣ ص ١٠ (في تفسير سورة النساء).
(٢) تقدّم في ص ٩٦.
(٣) النهاية: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ص ٣٦١.
(٤) الوسيلة: في التصرّف في مال اليتيم ص ٢٧٩.
(٥) السرائر: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ج ٢ ص ٢١١ وص ٢١٤.
(٦) فقه القرآن للراوندي: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ج ٢ ص ٣٥.
(٧) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨١.
(٨) التبيان: ج ٣ ص ١١٩ ـ ١٢٠ (في تفسير سورة النساء).
(٩) المبسوط: في تصرّف الوليّ في مال اليتيم ج ٢ ص ١٦٣.
(١٠) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة: في المتاجر ج ٥ ص ٢٤.
(١٢) وجدناه في الخلاف أيضاً، فراجع: ج ٣ ص ١٧٩ مسألة ٢٩٥.
(١٣) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨١.
(١٤) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٩٦.
(١٥) كنز العرفان: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٥.
(١٦) رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٥٠٥.
(١٧) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٨.
(١٨) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٨٠.

«التحرير[١]» أنّه أحسن. وفي «إيضاح النافع» أنّه هو الّذي يجب تحصيله. وفي «المسالك[٢] والمفاتيح[٣]» أنّه أجود وأحسن لو تحقّق للكفاية معنى معروف. وفي الأخير أنّه مبهم جدّاً. وفي «الكفاية» أنّه لا ريب في استحقاقه أقلّ الأمرين مع الفقر، وفي الزيادة على ذلك تردّد[٤].

حجّة القول الأوّل أنّ عمله محترم فلا يضيع عليه وحفظه بأُجرة مثله، وما رواه الشيخ في الصحيح عن هشام بن الحكم على الصحيح في عليّ بن السندي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام فيمن تولّى مال اليتيم ماله أن يأكل منه؟ قال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر فليأكل بقدر ذلك[٥]. وقد سمعت ما حكي عن «مجمع البيان» من أنّه: الظاهر من روايات أصحابنا. وقد تعرّض الراوندي[٦] لأخبار الباب ولم يذكر هذا الخبر الصحيح.

وحجّة القول الثاني قوله جلّ شأنه: ﴿ومَن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾[٧] والمعروف ما لا إسراف فيه ولا تقتير. وما رواه ثقة الإسلام والشيخ عن سماعة في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله تعالى: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ مَن كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج إليه ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف[٨]. وما رواه في «الكافي» بطريق

---

(١) تحرير الأحكام: في التصرّف في مال اليتيم ج ٢ ص ٥٤٣.
(٢) مسالك الأفهام: في شرائط الوصي ج ٦ ص ٢٧٧.
(٣) مفاتيح الشرائع: في حكم أخذ الأُجرة لوليّ ... ج ٣ ص ١٨٨.
(٤) كفاية الأحكام: في الوصية ج ٢ ص ٧١.
(٥) تهذيب الأحكام: ب ٩٣ في المكاسب ح ٩٦٠ ج ٦ ص ٣٤٣.
(٦) فقه القرآن للراوندي: في التصرّف في أموال اليتامىٰ ج ٢ ص ٣٤ ـ ٣٥.
(٧) النساء: ٦.
(٨) الكافي: باب ما يحلّ لقيّم مال اليتيم ح ١ ج ٥ ص ١٢٩، وتهذيب الأحكام: ب ٩٣ من المكاسب ح ٩٤٨ ج ٦ ص ٣٤٠.

فيه سهل [١]. وفي «التهذيب» في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزّوجلّ: ﴿فليأكل بالمعروف﴾ قال: المعروف هو القوت [٢]. ومثله الصحيح الآخر [٣]. وفي موثّقة حنّان: له أن يصيب من لبنها من غير نهكٍ لضرع ولا فسادٍ لنسل [٤]. ومثله المروي في تفسير العيّاشي [٥].

ويمكن الجمع بإرجاع هذه إلى الصحيح المتقدّم، وكأنّ التكافؤ موجود لمكان ما في «مجمع البيان [٦]» وكثرة العاملين به ـ أي بالصحيح ـ. وحينئذٍ يكون الأكل كنايةً عن التصرّف والأخذ بأكلٍ وبدونه، وكونه بالمعروف كناية عن أُجرة المثل، لأنّها إن كانت أقلّ فالمعروف بين الناس انّ الإنسان لا يأخذه عوض عمله من غيره زيادة عن عوضه المعروف وهو أُجرة مثله ومثل هذا يسمّى أكلاً بالمعروف والزيادة عليه أكلاً بغير المعروف.

والحاصل: إمّا أن يراد بالمعروف حينئذٍ المعروف عرفاً أو شرعاً، وعلى كليهما فالمعروف في الشرع والعرف أُجرة عمله الّذي هو حفظ الأولاد والأموال، فلا يجوز له إلّا ذلك المقدار فيأخذه وإن كان زائداً عمّا يحتاج إليه من سدّ الخلّة. وأمّا احتمال أن يراد بالمعروف ما يحتاج إليه فبعيد جدّاً، لأنّه كيف يجوز له أخذه مع زيادته على أُجرته. وإن أُريد بالأكل المعنى الحقيقي كما هو ظاهر بعض هذه الأخبار وصريح خبر حنّان كان المعروف فيه القوت، والغالب فيه كونه أقلّ من الأُجرة إذا كان العمل كثيراً كما سمعته آنفاً.

---

(١) الكافي: باب ما يحلّ لقيّم مال اليتيم ح ٣ ج ٥ ص ١٣٠.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩٣ في المكاسب ح ٩٥٠ ج ٦ ص ٣٤٠.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ في الزيادات ح ٩٤٩ ج ٩ ص ٢٤٤.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ ج ١٢ ص ١٨٥.
(٥) تفسير العيّاشي: ح ٢٨ ج ١ ص ٢٢١ (في تفسير سورة النساء).
(٦) مجمع البيان: ج ٣ ص ٩ ـ ١٠ (في تفسير سورة النساء).

فليلحظ هذا فإنّه نافع في الجمع بين أخبار الباب وفتاوى الشيخ، وإلّا فما كان الشيخ في «النهاية» ليختلف كلاماه في صفحة واحدة من دون تقادم عهد، فمراده إن أراد أن يأخذ أُجرة فلا يستحقّ إلّا أُجرة المثل، وإن أراد أن يأكل فليأكل قدر كفايته وحاجته كما أشار إليه مولانا الصادق عليه‌السلام في خبر حنّان، قال: قال أبو عبدالله عليه‌السلام: سألني عيسى بن موسى عن القيّم للأيتام في الإبل وما يحلّ له منها، قلت: إذا لاط حوضها وطلب ضالّتها وهنّأ جرباها فله أن يصيب من لبنها من غير نهكٍ لضرع ولا فسادٍ لنسل»[1]. ومثله خبر العيّاشي[2]. ولعلّه معنى ما في الصحيحين «فليأكل بالمعروف» وهو القوت. وهو ينطبق على ما في «التبيان والخلاف والمبسوط» من أنّ له أقلّ الأمرين بمعنى آخر كما ستعرفه ولم يعرف أنّ هناك خلافاً إلّا من ابن إدريس[3]، وتبعه بعض من تأخّر[4] من دون إمعان نظر، ولعلّه لهذا لم يذكر ذلك في المختلف. وظاهر «التذكرة[5]» أو صريحها أنّ كلامي الشيخ في النهاية لا خلاف بينهما، فلتلحظ.

وحينئذٍ فعند إمعان النظر يظهر أن لا خلاف بين أُجرة المثل وقدر الكفاية والأكل بالمعروف بحمل ذلك على أُجرة المثل، لأنّه المعروف عرفاً وشرعاً كما قدّمنا، أو بالتفرقة بين الأكل والأخذ من غير أكل كما بيّنّا، إذ مرجعه أنّه لا يأكل الأكل الحقيقي إلّا بمقدار الأُجرة، ولو لا أن يكون المحقّق[6] وفخر الإسلام[7] حكيا الخلاف في ذلك لجزمنا بعدمه.

نعم قول الشيخ في «المبسوط والخلاف والتبيان» على ما حكي[8] مخالف لقوله

(١ و ٢) تقدّم استخراجهما في الصفحة السابقة.

(٣) السرائر: في التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٢١١.

(٤) كأبي جعفر الطوسي في الوسيلة: في التصرّف في مال اليتيم ص ٢٧٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٦٦.

(٦) شرائع الإسلام: في الأوصياء ج ٢ ص ٢٥٨.

(٧) إيضاح الفوائد: في حجر الصبيّ ج ٢ ص ٥٣، وفي شروط الوصيّ ج ٢ ص ٦٣٣.

(٨) الحاكي عنه هو فخر المحقّقين في الإيضاح: في شروط الوصيّ ج ٢ ص ٦٣٣.

في «النهاية» لأنّ مرجع قوله في «النهاية» على ما بيّنّا أنّ له الأُجرة سواء زادت عن قوته وقدر كفايته وحاجته أم لا وأنّه إذا تناول منه أكلاً أو بمقدار الكفاية لا يزيد عنها، وإلّا فقد يكون العمل قليلاً والقوت وقدر الكفاية كثيراً فيؤدّي إلى الإضرار بمال اليتيم، وقد يكون المال والعمل قليلين كلبن الشاة إذا حلبها، فلو أكل قوته أكل اللبن كلّه. ولعلّه إليه أشار مولانا الصادق عليه السلام في خبر الكناني بقوله «وإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً»[١] ولعلّ معناه أنّه يأخذ أُجرة مثل ذلك أو أنّ مثل ذلك لا أُجرة له عرفاً كما يأتي في بابه عند بعضهم. ومرجع قوله في «المبسوط والتبيان» إلى الفرق بينهما.

ويمكن الجمع بحمل قوله في هذين الكتابين على الاستحباب بمعنى أنّه مخيّر بين الأكل بمقدار قوته والأخذ لقوته بحيث لا يزيد عن الأُجرة وبين الأخذ منه أُجرة لكن يستحبّ له أن يختار أقلّهما كما أشار إلى مثل ذلك في «التذكرة[٢]» وبذلك يحصل الجمع ويرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ. ولا يبعّد هذا الجمع إلّا نقل جماعة[٣] الخلاف، وهو ليس بتلك المكانة من التبعيد مع إمكان الجمع السديد، وإلّا فلو فرّقنا بينهما وحملنا الكلام على ظاهره لم يتّجه ولم يظهر له حاصل في أحد تفسيري معنى الأكل. لأنّ الأكل بالمعروف وقدر الحاجة والكفاية إن أُريد به الأكل الحقيقي وجعل مختصاً بالوليّ دون عياله وكان أقلّ من الأُجرة يلزم أن يجب الاقتصار عليه، ولا يجوز له أن يأخذ بقية الأُجرة، ولا نجد له وجهاً إلّا أن يقال: إنّ الكفاية حينئذٍ تكون حاصلة فيكون غنياً فيجب عليه الاستعفاف عن

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ ج ١٢ ص ١٨٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٦٧.
(٣) منهم فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في شروط الوصيّ ج ٢ ص ٦٣٣، وابو العباس في المهذّب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٢٠، والطباطبائي في رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥.

الباقي. وفيه: أنّ المحكي من عبارة التبيان والخلاف في «السرائر[1]» ليس فيها تقييد بالفقر، سلّمنا أنّ الفقر مراد بقرينة ما ذكره في«السرائر»من كلامه أنّ ذلك مع الفقر وعدم الغنى وبقرينة التصريح بذلك في «المبسوط[2]» لكن حصول القوت يحتاج معه إلى بقية مؤونة السنة من نفقةٍ وكسوةٍ ومسكنٍ وغيرها حتّى يتحقق ارتفاع الفقر إن لم نشترط حصول ذلك في بقية عياله الواجبي النفقة خصوصاً إذا صرف عمله كلّه تمام سنته في مال اليتيم، فقد حصلت الكفاية بهذا الاعتبار مع الفقر والاضطرار، فلم يكن غنياً حتّى يجب عليه أن يستعفف عن بقايا أُجرة عمله المحترم الغير المتبرّع به.

وإن أُريدبالأكل بالمعروف وقدرالكفاية مطلق التصرّف والأخذ كما هو المراد من قوله جلّ شأنه ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً﴾[3] ونحو ذلك، فيكون قولهعليه‌السلام في الصحيحين هو القوت[4] تخصيصاً لمعنى الأكل، إلّا أنّه ليس بصريح بأكله بنفسه، لأنّ الأكل يستعمل كما عرفت فيما هو أعمّ. فالمعروف من ذلك غير معروف حتّى إذا كان أقلّ من أُجرة مثله يجب الاقتصار عليه، لأنّ التصرّف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص واختلاف الحاجة، إلّا أن تقول: لو كان تصرّفه وقدر كفايته بالمعروف خمسين درهماً مثلاً وقدر أُجرة مثله مائة فإنّه يجب عليه الاقتصار على الخمسين إن ارتفع فقره بها. وهذا معنى صحيح إلّا أن يدّعى أنّ الظاهر من الآية وبعض الأخبار هو الأوّل، لكنّ لقائل أن يقول: إنّ الظاهر من كلام القائل هو الثاني، فتأمّل ولا تغفل عمّا ذكرناه آنفاً.

---

(١) السرائر: في التصرّف في أموال اليتامى ج ٢ ص ٢١١.

(٢) المبسوط: في تصرّف الوليّ في مال اليتيم ج ٢ ص ١٦٣.

(٣) النساء: ٦.

(٤) ولعلّه اراد بالصحيحين خبرهشام بن الحكم وخبر سماعة المروي في التهذيب بطريق صحيح حسب اصطلاح القوم، وقد تقدّم استخراجهما في ص ١٠٢ ـ ١٠٣.

وكيف كان، فقد ظهرت حجّة القول الثالث ـ أعني أقلّ الأمرين من الأُجرة والكفاية مع اعتبار الفقر ـ من أنّ الكفاية إن كانت أقلّ من الأُجرة فلأنّه مع حصولها يكون غنيّاً فيجب عليه الاستعفاف، وإن كانت أُجرة المثل أقلّ فإنّما يستحقّ عوض عمله فلا يحلّ له أخذ مازاد، ولأنّ العمل لو كان لمكلّف يستحقّ عليه الأُجرة لم يستحقّ أزيد من أُجرة عمله، فكيف يستحقّ الأزيد مع كون المستحقّ عليه يتيماً؟

وقد ناقشهم في «المسالك[1]» بمثل ما ذكرناه في الترديد في معنى الأكل، وكلامه في ذلك غير منقّح فليلحظه مَن أراده. ثمّ إنّ ما فيه وفي «المفاتيح[2]» ـ من أنّه ليس للكفاية معنى معروف مضبوط وأنّه مبهم جدّاً ـ غير جيّد، لأنّ معناها كما قدّمنا ما يرتفع بها الفقر كما أشار إليه في «الروضة[3]» فإن كانت المسألة خلافية فهذا القول أجودها جمعاً بين الأدلّة إن كانت مختلفة.

وأمّا القول بأنّ فيه اقتصاراً على المتيقّن فيما خالف الأصل كما في «الرياض[4]» فكأنّه في غير محلّه، لأنّ أُجرة العمل المحترم غير مخالفة لأصل ولا نقل.

وأمّا ما رواه ثقة الإسلام عن البزنطي بطريق فيه سهل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال الأيتام فيحتاج إليه فيمدّ يده فيأخذه وينوي أن يردّه، قال: لا ينبغي له أن يأكل إلّا القصد ولا يسرف وإن كان من نيّته أن لا يردّه عليهم فهو بالمنزل الّذي قال الله تعالى ﴿إنّ الّذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾[5] ففيه على ضعفه وإعراض الأصحاب عنه أنّه محمول على التقية، لأنّ وجوب ردّ عوضه إذا أيسر مذهب عُبيدة السلماني وعطا ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية والشافعي

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الوصيّ ج ٦ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.
(٢) مفاتيح الشرائع: في حكم أخذ الأُجرة ... ج ٣ ص ١٨٨.
(٣) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٨٠.
(٤) رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٥٠٥.
(٥) الكافي: باب في أكل مال اليتيم ح ٣ ج ٥ ص ١٢٨.

ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدراً لا تأكله النفقة على إشكال،

في أحد القولين[١]. وقد حمله بعض أصحابنا كالمقداد[٢] على الاستحباب.

[في وجوب حفظ مال الطفل على الوليّ]

قوله: ﴿ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدراً لا تأكله النفقة على إشكال﴾ أصحّه عدم الوجوب كما في «جامع المقاصد[٣]». وجزم في نكاح «التذكرة[٤]» بأنّه يجب عليه استنماؤه بحيث لا تأكله النفقة والمؤن إن أمكن، قال: ولا يجب عليه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية. ولم يرجّح ولده في «الإيضاح» ولا الشهيد في «حواشيه[٥]». قال في «الإيضاح»: الإشكال ينشأ من أنّه اكتساب ولا يجب، ومن أنّه منصوب للمصلحة، وهذا من أتمّ المصالح، ولأنّه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب الوليّ لدفعهما، هذا يبنى على أنّ هذا هل هو مصلحة أو أصلح؟ وعلى الثاني هل يجب أم لا؟ وقد حقّق ذلك في علم الكلام[٦]، انتهى.

قلت: الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحة بمعنى دفع الضرر، ولا يجب عليه الأصلح، وإلّا لوجب عليه شراء الرخيص له، حيث لا يكون حتماً ولا يلزم العدول إلى الغالي، ووجب البيع إذا طلب متاعه بزيادة، وسينصّ المصنّف على استحباب ذلك.

وقال في «التذكرة» يستحبّ له أن يتّجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه إلى مَن يضارب له به ويجعل له نصيباً من الربح سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً له أو وصيّاً أو

---

(١) المغني لابن قدامة: في البيع ج ٤ ص ٢٩٥.

(٢) كنز العرفان: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٥.

(٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦٠٩ س ٢٨.

(٥) لم نعثر عليه في الحواشي المنسوبة إليه وأمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٦) إيضاح الفوائد: في حجر الصبيّ ج ٢ ص ٥٣.

فإن تبرّم الوليّ به فله أن يستأجر مَن يعمل.

حاكماً أو أمين حاكم. وبه قال عليّ عليه السلام وعمر وعائشة والضحّاك، ولا نعلم فيه خلافاً إلّا ما روي عن الحسن البصري كراهية ذلك، لأنّ خزنه أحفظ له وأبعد له عن التلف [١]، انتهى. وقد أفاد نفي الخلاف عن الاستحباب وإن كان مسوقاً لغير ذلك.

ويدلّ على عدم الوجوب أيضاً قول الصادق عليه السلام في خبر أسباط بن سالم حيث سأله عن مضاربة أخيه في مال ابن أخيه الصغير الّذي هو وصي له وأنّه يدفع الربح لليتيم: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم [٢]. حيث قال عليه السلام «لا بأس به» ولم يقل فليتّجر بـه أو يضارب أو يجب عليه أو نحو ذلك ممّا يدلّ على الوجوب.

ومثله خبر أبي الربيع حيث قال له: أيصلح له أن يعمل به؟ فقال عليه السلام: نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره والربح بينهما [٣].

نعم روى العامّة عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: من ولي يتيماً له مال فليتّجر به ولا يتركه حتّى تأكله الصدقة [٤]. وهو على ضعفه مخالف لما عليه أصحابنا، إذ ليس في نقديه من زكاة وجوباً ولا استحباباً. نعم لو اتّجر له الوليّ استحبّ.

[فيما لو سئم الولي من المباشرة في حفظه]

قوله: ﴿فإن تبرّم الوليّ به فله أن يستأجر مَن يعمل﴾ برم برماً فهو برم ضجر ضجراً فهو ضجر وزناً ومعنى إذا سئمه وملّه، ويقال: أبرمه أي أملّه وأضجره [٥].

---

(١) تذكرة الفقهاء: في كيفيّة تصرّف المتولّي لأموال اليتامى و... ج ١٤ ص ٢٤٥.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به ح ١ ج ١٢ ص ١٩٠.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب مَن تجب عليه الزكاة... ح ٦ ج ٦ ص ٥٨.

(٤) المجموع: في الحجر ج ١٣ ص ٢٤٧.

(٥) كما في الصحاح: ج ٥ ص ١٨٦٩ مادّة «برم».

ولعلّه يريد أنّه إذا تبرّم باستنمائه فله أن يستأجر مَن يعمل به ويستنميه، لأنّ المدار على الاستنماء، لكنّ هذا يغني عنه ما يأتي له من أنّ له أن يضارب به ويبضعه، مع عدم مناسبةالاستئجار لهفي الجملة، ويُحتملأن يراد أنّهإذا تبرّم بحفظه ومباشرته فله أن يستأجر مَن يباشره ويعمل لحفظه. وهذا يناسبه ذِكر الاستئجار وقوله فيما يأتي:«وإذا تبرّع أجنبي ... إلى آخره» لكنّه يغني عنه أيضاً قوله: «وللأب الاستنابة فيما يتولّى مثله فعله والأقرب في الوصي ذلك». ولعلّ غرضه أنّه إن تبرّم بما يصحّ له الاستنابة فيه ويستحقّ عليه أُجرة كان له أن يستأجر.

وتنقيح هـذا ـ أي حكم الاستنابة ـ أنّ لـلوصيّ الاستنابة فيما لا يقدر على مباشرته إجماعاً كما في «التذكرة[١]» دفعاً للضرر، وكذا ما يقدر عليه لكن لا يصلح مثله لمباشرتـه قضاءً لـلعادة وتنزيـلاً لـلإطـلاق على المتعارف بين المباشـرين والمعهود بينهم، وأمّا مـا يصلح لمثله أن يليه فـالأولى عدم المنع. وفـي «التذكرة» الأولى المنع[٢]. فتأمّل. هـذا مع الإطلاق، وأمّا مـع التنصيص على الاستنابة فإنّه جائز إجماعاً كما في «التذكرة» قال: ومع التنصيص على المنع لايجوز إجماعاً[٣]. ولعلّ هـذا مقيّد بغير الّذي لا يصلح مثله لمباشرته كما أنّه مقيّد قطعاً بغير الّـذي لا يقدر عليه. قال في «جامع المقاصد»: أمّا ما لا يقدر مثله على فعله أو لم تجر العادة بتولّي مثله فـإنّه يجوز لـه الاستنابة قطعاً[٤]. وهـذا بإطلاقه يتناول ما ذكرنا. وقـد يكون قوله فـي «التذكرة». وأمّا مـع التنصيص ... إلى آخـره إنّما لحظ فيه ما يصلح لمثله أن يليه. ولعلّ هذا هـو الظاهر، فلا يحتاج إلـى التقييد. وتمام الكلام يأتي إن شاء الله تعالى.

(١ ـ ٣) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

(٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٣.

ويستحبّ لهالبيع إذا طلب متاعه بزيادةٍ مع الغبطة، وكذا يستحبّ شراء الرخيص.

[حكم بيع الوليّ متاع الصبيّ إذا طلب بزيادة]

قوله: ﴿ويستحبّ له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة، وكذا يستحبّ شراء الرخيص﴾ قد أوجب عليهالأمرين فينكاح«التذكرة»واستثنى من الثاني ما إذا رغب الوليّ في شرائه لنفسه فيجوز[1].

وقال في «جامع المقاصد»: في بعض النسخ عوض «يستحبّ» يجب في الموضعين، وفي حواشي شيخنا الشهيد أنّهما متوجّهان لتردّده في الاستنماء بين الوجوب والاستحباب، فجاز كلّ من الأمرين هنا لأنّ ذلك استنماء. وقال معترضاً على الشهيد:إنّ هذاالعذرلا يجدي،لأنّ ما سبق تردّدوماهنافتوى وجزم، فالمخالفة ثابتة. نعم قد يقال: هو رجوع عن التردّد إلى الجزم وإن قرب ما بينها. وقد يقال: في الاعتذار لنسخة الاستحباب مع التردّد السابق: إنّ الاستنماء على تقدير وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا يذهب مال الطفل معها بالنفقة، أمّا البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معيّن فلا، وعلى تقدير الوجوب أنّ التردّد في الاستنماء الّذي يحتاج إلى توجّه وسعي لتحصيل النماء، أمّا ما حصل بغير تكلّف وسعي فإنّه واجب لامحالة[2]. قلت: الاعتذار أن لا يخفى حالهما على تقدير التردّد السابق، ثمّ إنّ الموجود في النسخ الّتي رأيناها «يستحبّ» في الموضعين.

قال: وكيف كان، فنسخة الاستحباب أوجه إلّا في شراء الرخيص على بعض الوجوه فإنّ العدول عنه إلى شراء الغالي لايجوز قطعاً، لكنّ هذا كالمستغنى عنه باشتراط المصلحةوهي منتفيةعن مثل هذا، فلعلّ المرادالشراء حيث لايكون حتماً

---

(١) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦٠٩ س ٢٩.

(٢) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٩.

وإذا تبرّع أجنبيّ بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأُجرة على إشكال. وله أن يرهن ماله عند ثقةٍ لحاجة الطفل

أو لا يلزم العدول إلى الغالي أو تحمل العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص [1].

[حكم ما إذا تبرّع أجنبيّ بحفظ مال المولى عليه]

قوله: ﴿وإذا تبرّع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأُجرة على إشكال﴾ أقوى الوجهين أنّ له ذلك كما في «الإيضاح [2]» وهو الأصحّ كما في «جامع المقاصد» لمكان مزيد الشفقة فلا تعدّ الأُجرة ضرراً معها ولثبوت ولايته بالأصالة [3]. ولم يرجّح في نكاح «التذكرة [4]». وفي «الحواشي [5]» أنّ الأولى أن لا يأخذ. وقضيّة كلامهم أن لا إشكال في عدم جواز أخذ الوصي مع تبرّع الأجنبي.

[في رهن مال الصبيّ عند ثقة]

قوله: ﴿وله أن يرهن ماله عند ثقةٍ لحاجة الطفل﴾ قد تقدّم [6] في بابه أنّه لا خلاف فيه منّا، وإنّما المخالف بعض الشافعية، وأنّه قيّده في «المبسوط [7]» وغيره [8] بما إذا لم يكن بيع شيء من ماله أعود أو لم يمكن، وأنّ جماعة [9] قالوا:

(١ و٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٩ و١٩٠.

(٢) إيضاح الفوائد: في حجر الصبيّ ج ٢ ص ٥٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦٠٩ س ٣٥ و٣٦.

(٥) لم نعثر عليه في الحواشي المنسوبة إليه، وأمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٦) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٤١.

(٧) المبسوط: في كيفيّة تصرّف مَن يلي أمر الصغير في ماله ج ٢ ص ٢٠١.

(٨) كرياض المسائل: في الراهن ج ٨ ص ٥٢١.

(٩) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في شرائط المتعاقدين ج ١٣ ص ١١١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شرائط الرهن ج ٤ ص ٣٣، والطباطبائي في رياض المسائل: في الراهن ج ٨ ص ٥٢١ ـ ٥٢٢.

والمضاربة بماله، وللعامل ما شرط له.

وهل للوصيّ أن يتّجر بنفسه مضاربة؟ فيه إشكال ينشأ من أنّ له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، ومن أنّ الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقّ عليه إلّا بعقد. ولايجوز أن يعقد الوليّ المضاربة مع نفسه.

يجب أن يكون على يد ثقة يجوز إيداعه منه، وقد أسبغنا الكلام في المقام فليرجع إليه من أراد الوقوف عليه.

[حكم مضاربة الوليّ بمال المولّى عليه]

قوله: ﴿والمضاربة بماله، وللعامل ما شرط له﴾ قال في «التذكرة»: للوليّ أن يتّجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه إلى مَن يضارب له به ويجعل له نصيباً من الربح، ويستحبّ له ذلك سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً له أو وصيّاً أو حاكماً أو أمين حاكم. وبه قال عليّ عليه‌السلام وعمر وعائشة والضحاك، ولا نعلم فيه خلافاً إلّا ما روي عن الحسن البصري كراهية ذلك، لأنّ خزنه أحفظ له وأبعد له من التلف. ثمّ قال في مسألة اُخرى: ينبغي أن يتّجر في المواضع الآمنة، ولا يدفعه إلّا لأمين ولا يغرّر بماله[1]. والحاصل: أنّ هذا الحكم ـ أعني المضاربة بمال الطفل ـ يأخذونه مسلّماً كما ستسمع كلامهم في إبضاعه وفيما إذا اتّجر به مضاربةً لنفسه.

[حكم مضاربة الوصيّ بمال الموصى عليه]

قوله: ﴿وهل للوصيّ أن يتّجر بنفسه مضاربة؟ فيه إشكال ينشأ من أنّ له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، ومن أنّ الربح نماء مال اليتيم فلايستحقّ عليه إلّا بعقد. ولايجوز أن يعقد الوليّ المضاربة مع نفسه﴾

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٤٥.

ويجوز إبضاع ماله، وهو أن يدفع إلى غيره، والربح كلّه لليتيم،

لا نجد في المسألة إشكالاً يعبأ به بل له أن يتّجر كذلك كما جزم به في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» بل قد يظهر ذلك من كلام «التذكرة» السالف، فلا يكون فيه خلاف، لأنّه أسند التصرّف إلى رأيه وهو يعمّ ما إذا اتّجر بنفسه مضاربة وما إذا ضارب غيره. وبالجملة: يعمّ كلّ تصرّف مع المصلحة، وإذا جاز الثاني لكونه منوطاً بنظره فبالأولى أن يجوز إذا كان في يده لقربه من مقتضى الوصية وكونه أدخل في الحفظ ومبنى الوجه من الإشكال على أنّه لا يجوز أن يعقد الوليّ المضاربة مع نفسه، فإن كان لأنّ العقد يقتضي متعاقدين كما ذكره بعض العامّة[3] ففيه: أنّه يكفي حصولهما بالقوّة وتغايرهما بالاعتبار، وإن كان لأنّه لابدّ من الإذن في ذلك فقد عرفت أنّ إسناد التصرّف إليه يتناول ذلك.

وفي «التحرير» الأقرب أنّه لا تصحّ المضاربة وتكون له أُجرة المثل[4]. وكأنّ ولده[5] والشهيد[6] مستشكلان أيضاً حيث لم يتعرّضا للمسألة واكتفيا بما ذكره المصنّف في وجهي الإشكال.

[في إبضاع الوليّ أو بناء العقار في ملك المولّى عليه]

قوله: ﴿ويجوز إبضاع ماله، وهو أن يدفع إلى غيره، والربح كلّه لليتيم﴾ كما في «التذكرة[7] والتحرير[8] وجامع المقاصد[9]» مع المصلحة، لأنّ ذلك أنفع من المضاربة، لأنّه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى مَن يدفع جميع ربحه

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٤٥ و٢٤٧.

(٢ و٩) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٠ ـ ١٩١.

(٣) منهم النووي في المجموع: في الحجر ج ١٣ ص ٣٥٧.

(٤ و٨) تحرير الأحكام: في التصرّف في مال اليتيم ج ٢ ص ٥٤٣.

(٥) إيضاح الفوائد: في حجر الصبيّ ج ٢ ص ٥٣ ـ ٥٤.

(٦) الحاشية النجّارية: في الحجر ص ٧٤ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

وأن يبني له عقاراً أو يشتريه، ولا يجوز له بيع عقاره إلّا للحاجة.

إلى اليتيم أولى، سواء كان بأُجرة أو متبرّعاً. والبضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة.

قوله: ﴿وأن يبني له عقاراً أو يشتريه﴾ أمّا الشراء فلأنّه مصلحة له، لأنّه يحصل منه الفضل، ولا يفتقر إلى كثير مؤنة، وسلامته متيقّنة، والأصل باقٍ مع الاستنماء، والغرر فيه أقلّ من التجارة لما فيها من الأخطار وانحطاط الأسعار، فإن لم يكن في شرائه مصلحة إمّا لفضل الخراج وجور السلطان أو إشراف الموضع على البوار لم يجز.

وأمّا بناء عقار له واستجداد ما استهدم من الدور والمساكن فلأنّه في معنى الشراء إلّا أن يكون الشراء أنفع، فيصرف المال إليه. وإذا أراد البناء على ما فيه الحظّ لليتيم بناه بما هو أنفع وأبقى كالآجر والطين، وإن اقتضت المصلحة باللبن فعل. وبالجملة: يبنى على ما هو المعتاد في البلاد.

[في عدم جواز بيع عقار المولّى عليه إلّا لحاجته]

قوله: ﴿ولا يجوز له بيع عقاره إلّا للحاجة﴾ كأن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة أو قضاء دَين أو ما لابدّ منه، ولا تندفع حاجته إلّا بالبيع، والجزئيّات لا تنضبط. فالمدار على الحاجة مع المصلحة. وقد روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: مَن باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه[1]. وحيث يجوز البيع يجوز بالنقد والنسيئة وبالعرض.

وإذا باع الأب أو الجدّ وذكر أنّه للحاجة ورفع الأمر إلى الحاكم جاز له أن يسجّل على البيع ولا يكلّفهما إثبات الحاجة والغبطة، لأنّهما غير متّهمين في حقّ ولدهما. ولو باع الوصيّ أو أمين الحاكم لم يسجّل الحاكم إلّا إذا قامت البيّنة على الحاجة، والغبطة فإذا بلغ الصبيّ وادّعى على الأب أو الجدّ بيع ماله من غير حاجة

---

(١) عوالي اللآلي: ح ٥ ج ١ ص ١٠٨.

ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مالٍ مع الغبطة، وخلطه مع عياله في النفقة، وينبغي أن يحسب عليه أقلّ،

ومصلحة كان القول قولهما مع اليمين وعليه البيّنة، لأنّه ادّعى عليهما خلاف الظاهر، إذ الظاهر من حالهما الشفقة وعدم البيع إلّا للحاجة. ولو ادّعى على الوصي أو الأمين فالقول قوله في بيع العقار وعليهما البيّنة، لأنّهما مدّعيان. وفي غير العقار الأولى ذلك أيضاً لهذا الدليل، والفرق عسر الإشهاد في كلّ قليل وكثير يبيعه كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[1]». ويأتي[2] قريباً ما له نفع في المقام عند قوله: ويقبل قول الوليّ في الإنفاق.

قوله: ﴿ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مـالٍ مع الغبطة﴾ كما في «التذكرة والتحرير[3]» وقد تقدّم[4] ما في «التذكرة».

[في جواز خلط اليتيم مع عياله في النفقة]

قوله: ﴿وخلطه مع عياله في النفقة، وينبغي أن يحسب عليه أقلّ﴾ لمّا نزل قوله تعالى: ﴿إنّ الّذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنّما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلَون سعيراً﴾[5] تجنّب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله أموال اليتامى وأفردوها عنهم فأنزل الله سبحانه وتعالى: ﴿وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم﴾[6] أي ضيّق عليكم وشدّد، فخالطوهم في مأكولهم ومشروبهم[7]. وبالحكمين المذكورين صرّح في «التذكرة[8] والتحرير[9]».

ومعنى «ينبغي أن يحسب عليه أقـلّ» أنّه يحسب أقـلّ ممّا يحتاج إليه وليس

(١ و٨) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٥٠ و٢٥٦.

(٢) يأتي في ص ١٢٤ ـ ١٢٦.

(٣ و٩) تحرير الأحكام: في التصرّف في مال اليتيم ج ٢ ص ٥٤٣.

(٤) تقدّم في ص ٩٥ بهامش ٤. (٥) النساء: ١٠. (٦) البقرة: ٢٢٠.

(٧) تفسير القمّي: ج ١ ص ٧٢ (في تفسير سورة البقرة).

وجعله في المكتب بأُجرةٍ أو صنعة،

بواجب، لأنّ الواجب هو أن لا يزيد عليه. وينبغي للولي النظر في حال اليتيم فإن كانت الخلطة له أصلح وأرفق في المؤنة واللين في الخبز وغير ذلك جاز له بل كان أولى كما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿يسألونك عن اليتامى قل إصلاحٌ لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم﴾ وإن كان الإفراد أرفق له وأصلح أفرده. وسأل عثمان بن عيسى الصادق عليه السلام عن قول الله عزّوجلّ: ﴿وإن تخالطوهم فإخوانكم﴾ قال: يعني اليتامى، قال: إذا كان الرجل يلي الأيتام في حجره فليخرج من ماله على قدر ما يخرج لكلّ إنسان منهم فيخالطهم ويأكلون جميعاً[1].

ولو تعدّد اليتامى واختلفوا كبراً وصغراً حسب على الكبير بقسطه وعلى الصغير بقسطه. وقال أبو الصباح الكناني للصادق عليه السلام: أرأيت إن كان يتامى صغاراً وكباراً وبعضهم أعلى كسوة من بعض وبعضهم آكل من بعض ومالهم جميعاً؟ فقال عليه السلام: أمّا الكسوة فعلى كلّ إنسان منهم ثمن كسوته، وأمّا الطعام فاجعله جميعاً فإنّ الصغير يوشك أن يأكل أكثر من الكبير[2].

ويجب على الوليّ الإنفاق بالمعروف، ولا يجوز له التقتير عليه في الغاية ولا الإسراف في النفقة، بل يكون في ذلك مقتصداً. ويجري الطفل على عادته وقواعد أمثاله من نظرائه، فإن كان من أهل الاحتشام أطعمه وكساه ما يليق بأمثاله، وإن كان من أهل الفاقة أنفق عليه نفقة أمثاله.

[في جواز صرف الوليّ على المولّى عليه من ماله في مصلحته]

قوله: ﴿وجعله في المكتب بأُجرة أو صنعة﴾ يجوز له أن يجعل الصبيّ

(١ و ٢) وسائل الشيعة: ب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ و ١ ج ١٢ ص ١٨٨.

وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرقٍ أو نهبٍ وشبهه، فيأخذ عليه رهناً يحفظ قيمته،

في المكتب وعند معلّم القرآن العزيز والآداب والحكمة وغيرهما من العلوم إن كان من أهل ذلك وله ذكاء وفطنة. ومنع منه سفيان، وأنكر أحمد ذلك غاية الإنكار. وكذا يجوز له أن يسلّمه إلى معلّم الصناعة إذا كانت تليق بحاله ولا تثلم من مجده إذا كان من أرباب البيوتات. وليس له أن يسلّمه إلى معلّم السباحة إلّا أن يكون تعليمه فيما لا يغمره ولا يخاف عليه الغرق فيه كما نصّ عليه في «التذكرة[1]».

قوله: ﴿وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرقٍ أو نهبٍ وشبهه، فيأخذ عليه رهناً يحفظ قيمته﴾ كما في «الشرائع[2] وجامع الشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] واللمعة[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9]» وغيرها[10]. وزيد في «جامع الشرائع[11] والمسالك[12]» الإشهاد. قلت: يتّجه ذلك إذا قلنا: إنّ أداء الدّين من

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٦٣.

(٢) شرائع الإسلام: في المرتهن ج ٢ ص ٧٩.

(٣) الجامع للشرائع: في القرض ص ٢٨١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات المتولّي لأموال اليتامى و... ج ١٤ ص ٢٥٢.

(٥) تحرير الأحكام: في التصرّف في مال اليتيم ج ٢ ص ٥٤٥.

(٦) إرشاد الأذهان: في الرهن ج ١ ص ٣٩٢.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الرهن ص ١٣٨.

(٨ و١٢) مسالك الأفهام: في شرائط المرتهن ج ٤ ص ٣٥.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط المتعاقدين ج ٩ ص ١٥١.

(١٠) كرياض المسائل: في الراهن ج ٨ ص ٥٢١.

(١١) الجامع للشرائع: في القرض ص ٢٨١.

الوكيل به بغير إشهاد تفريط فيلزم القول هنا بوجوب الإشهاد حذراً من التفريط. واحتاط في «الكفاية[1]» مع ذلك بالإقراض من ثقة مع الإمكان. وفي «التذكرة» أنّه لو تمكّن من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن[2].

وفي «الشرائع[3] واللمعة[4] والروضة[5] والمسالك[6]» كما يأتي في الكتاب أنّه لو تعذّر الرهن في موضع الخوف والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة. وفي بعضها من ثقة غالباً. وفي «اللمعة» من الثقة العدل.

وقضية كلامهم أنّه إذا تعذّر الثقة لايجوز الإقراض ولعلّ الإقراض أولى، لأنّه مرجوّ الحصول في الدنيا والآخرة بخلاف التلف من الله عزّوجلّ، إلّا أن تقول: إنّه سبحانه وتعالى يثبّت العوض عليه جلّت عظمته فيرجّح لكونه أكثر، فليحفظ.

هذا وفي «جامع المقاصد» لا يبعد وجوب الإقراض إذا ظهرت أمارات حصول التلف[7]. واقتصر في «المبسوط» على إقراضه من ثقة ملي[8]. وفي «الإرشاد[9]» على الثقة من دون ذِكر رهن فيهما. وقال المقدّس الأردبيلي: إذا تعذّر الرهن اكتفى بالملاءة والثقة ومع التعذّر يسقط، ومع وجودهما يُحتمل تقديم الثقة ويُحتمل تقديم الملي[10].

قلت: الظاهر ممّن يستقرض من أجل حظّ اليتيم كما هو المفروض أن لا يبذل رهناً، فاشتراطه مفوّت لهذا.

---

(١) كفاية الأحكام: في الرهن ج ١ ص ٥٥٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٥٢.
(٣) شرائع الإسلام: في المرتهن ج ٢ ص ٧٩.
(٤) اللمعة الدمشقية: في الرهن ص ١٣٨.
(٥) الروضة البهية: في الرهن ج ٤ ص ٧٤.
(٦) مسالك الأفهام: في شرائط المرتهن ج ٤ ص ٣٥.
(٧) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٢.
(٨) المبسوط: في كيفية تصرّف مَن يلي أمر الصغير في ماله ج ٢ ص ٢٠١.
(٩) إرشاد الأذهان: في الرهن ج ١ ص ٣٩٢.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط المتعاقدين ج ٩ ص ١٥١ ـ ١٥٢.

فإن تعذّر أقرضه من الثقة، ولايجوز قرضه مع الأمن. ولو احتاج إلى نقله جاز إقراضه خوفاً من الطريق.

وقضية كلامهم جميعاً أنّه لا يجوز الإقراض مع الأمن كما سيصرّح به المصنّف.

هذا ومرادهم بقولهم «الثقة غالباً» الثقة في ظاهر الحال، يريدون أنّهم يكتفون بظاهر أمره، ولا يشترط العلم بذلك لتعذّره، فعبّروا عن الظاهر بالغالب نظراً إلى أنّ الظاهر يتحقّق بكون الغالب على حاله كونه ثقة، لأنّ المراد كونه في أغلب أحواله ثقة. والجمع بين الثقة والعدل في عبارة «اللمعة» تأكيداً وتفسيراً للثقة بالعدل، لأنّ ذلك هو المعتبر شرعاً، إذ لا يشترط الضبط، مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فإنّها أعمّ من الشرعية.

ولو لم يكن لليتيم حظّ وإنّما قصد إرفاق المقترض لم يجز إقراضه كما لم يجز هبته كما صرّح بذلك في «التذكرة[1]». وفيها وفي «المسالك[2]» وما يأتي من الكتاب أنّ من الخوف على مال اليتيم ما إذا خاف على حنطته من السوس.

وفي «جامع المقاصد» أنّه كما يجوز ذلك للوصيّ يجوز للحاكم مع عدمه، وكذا يجوز لعدول المؤمنين مع عدمهما. ولا ضمان في موضع الجواز[3]. وتمام الكلام تقدّم في باب الرهن[4].

قوله: ﴿فإن تعذّر أقرضه من الثقة، ولايجوز قرضه مع الأمن﴾ قد تقدّم الكلام في هذين الحكمين.

قوله: ﴿ولو احتاج إلى نقله جاز إقراضه خوفاً من الطريق﴾ إذا كان للصبي مال في بلد فأراد الوليّ نقله عن ذلك البلد إلى آخر كان له إقراضه من

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تصرّفات الوليّ ج ١٤ ص ٢٥٣.

(٢) مسالك الأفهام: في شرائط المرتهن ج ٤ ص ٣٥.

(٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٢.

(٤) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦.

وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدّته ولم يتمكّن من بيعه أو تعيّبه كتسويس التمر وعفن الحنطة.

ولو أراد الوليّ السفر كان له إقراضه، فإن تمكّن من أخذ الرهن وجب، وإلّا فلا.

ثقة ملي، ويقصد بذلك حفظه من الغزو والسرّاق وقطّاع الطريق وغير ذلك.

والفرق بين هذه والّتي قبلها أنّ الإقراض هناك من غير نقل مع ظهور علامات الخوف، والإقراض هنا للنقل، لأنّ الطريق مظنّة السارق وغيره مع ظهور علامات الأمن، إذ لا يجوز نقله مع أمارات الخوف.

قوله: ﴿وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدّته ولم يتمكّن من بيعه﴾ أي يقرضه من الثقة الملي.

قوله: ﴿أو تعيّبه كتسويس التمر وعفن الحنطة﴾ هذا بالنصب عطف على تلفه، أي يقرضه من الثقة الملي إن خاف تعيّبه وإن لم يخف تلفه.

[حكم إقراض مال المولّى عليه لأجل حفظه]

قوله: ﴿ولو أراد الوليّ السفر كان له إقراضه﴾ لأنّ سفر الوليّ يعرض المال للضياع، فيجوز إقراضه، ولا يجوز لـه نقله، لأنّ الطريق مظنّة العطب إلّا مع الحاجة، وجواز القرض هنا غيرمشروط بالخوف. والقرض أولى من الإيداع، لأنّ الوديعة لاتضمن، ولو لم يوجد المقترض الثقة الملي أودعه من ثقة أمين ذي يسار، لأنّه أولى من السفر به. ولو أودعه من الثقة مع وجود المقترض الثقة الملي الباذل للرهن فاحتمال الضمان قويّ جدّاً لو تلف، ومع عدم بذل الرهن فلا ضمان، وقد يكون الإيداع أنفع من الإقراض.

قوله: ﴿فإن تمكّن من أخذ الرهن وجب، وإلّا فلا﴾ أي إن تمكّن

وللأب الاستنابة فيما يتولّى مثله فعله، والأقرب في الوصي ذلك.

ويقبل قول الوليّ في الإنفاق بالمعروف على الصبيّ أو ماله، والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط، سواء كان أباً أو غيره على إشكال.

من أخذ الرهن في جميع ما سلف وجب أخذه وبدونه يكون مفرّطاً، وإلّا يتمكّن سقط. وليس الكفيل كالرهن إذ لا يزيد على المرتهن الثقة الملي، وقد سمعت كلام «التذكرة[1]» فيما إذا تمكّن من الرهن ورضي بالكفيل.

قوله: ﴿وللأب الاستنابة فيما يتولّى مثله فعله، والأقرب في الوصي ذلك﴾ أمّا الأوّل فلأنّ ذلك ممّا جرت العادة بمثله فلا يعدّ مقصّراً، وقد تقدّم[2] الكلام في ذلك. وفي نكاح «التذكرة[3]» يجوز للأب أن ينصب عن ولده قيّماً لحفظ ماله واستنمائه وحراسته بأُجرة المثل.

وأمّا الثاني فلأنّه قائم مقام الأب فيجوز له ما يجوز له ولما قلنا من جريان العادة بالاستنابة في مثله. وهو الأصحّ كما في «جامع المقاصد[4]» والأقوى كما في «الإيضاح[5]» ويُحتمل عدمه لأصالة عدمه.

[في قبول دعوى الوليّ التصرف بالمعروف]

قوله: ﴿ويقبل قول الوليّ في الإنفاق بالمعروف على الصبيّ أو

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٤٤.

(٢) تقدّم في ص ١١٢ ـ ١١٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: النكاح ج ٢ ص ٦٠٩ س ٣١.

(٤) جامع المقاصد: الحجر ج ٥ ص ١٩٣.

(٥) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٤.

ماله، والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط، سواء كان أباً أو غيره على إشكال﴾ إذا ادّعى الأب أو الجدّ أو الوصي الإنفاق بالمعروف على الصبيّ أو على عقاره أو ماله أو دوابّه إن كان ذا دوابّ كان القول قوله كما في وكالة «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والكتاب[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والكفاية[7]» وفي «الإيضاح[8]» أنّه لا شكّ في ذلك، لعسر إقامة البيّنة في كلّ وقت على الإنفاق وعسر ضبطه، ولا في أنّ القول قوله في التلف من غير تفريط للأصل، ولأنّه أقوى من الودعي ومنه ما إذا ادّعى أنّ ظالماً قهره عليه وأخذه.

وأمّا إذا ادّعى الأب أو الجدّ القرض أو البيع للمصلحة، فالقول قولهما، إذ الظاهر منهما الشفقة وعدم البيع إلّا للحاجة والمصلحة وفي «الإيضاح» أنّه لا شكّ في ذلك أيضاً. وظاهر «حواشي[9] الكتاب وجامع المقاصد[10]» أنّه لا إشكال فيه. وظاهرهم يشمل ما إذا كان المبيع عقاراً، وهو كذلك كما تقدّم.

وأمّا الوصي وأمين الحاكم ففي «التذكرة[11]» أنّه لا يقبل قولهما في بيع العقار إلّا مع البيّنة، وفي غير العقار أنّ الأولى ذلك. وقد استشكل هنا لصحّة تصرّفات المسلم المالك لذلك التصرّف، ولأنّه موضوع لفعل ما يعتقد أنّه مصلحة فيرجع إليه فيه ولا يكلّف إقامة البيّنة عليه، ولأنّ دعواه صلاح التصرّف دعوى عدم التعدّي وهو الأصل والقول قوله فيه، ومن أصالة بقاء الملك على مالكه إلى أن يثبت الناقل وأصالة

---

(١) شرائع الإسلام: في الوكالة ج ٢ ص ٢٠٥.
(٢ و١١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٥٥ و٢٥٠.
(٣) تحرير الأحكام: في الوكالة ج ٣ ص ٤٣.
(٤) قواعد الأحكام: في الوكالة ج ٢ ص ٣٧٠.
(٥) جامع المقاصد: في الوكالة ج٨ص ٣١٧.
(٦) مسالك الأفهام: في الوكالة ج ٥ص ٢٩٩.
(٧) كفاية الأحكام: في الوكالة ج ١ ص ٦٨٤.
(٨) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٤.
(٩) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.
(١٠) جامع المقاصد: الحجر ج ٥ ص ١٩٤.

وهل يصحّ بيع المميّز وشراؤه مع إذن الوليّ؟ نظر.

الفصل الثاني: في المجنون والسفيه

أمّا المجنون فهو ممنوع من التصرّفات أجمع، المالية وغيرها

عدم الحاجة إلى البيع وعدم خفاء المصالح. والأوّل أقوى كما في «الإيضاح [1] وجامع المقاصد [2]» وهو الظاهر من «حواشي الكتاب [3]» وقد قالوا في باب الوكالة: إنّه لا يقبل قول الأب والجدّ له والوصي والحاكم وأمينه في تسليم المال لو أنكر الصبيّ بعد رشده تسليم المال إليه، وكذلك الوصي، صرّح به في «الشرائع [4] والتذكرة [5] والتحرير [6] وجامع المقاصد [7] والمسالك [8]» وكذا «الكفاية [9]» وتمام الكلام هناك.

قوله: ﴿وهل يصحّ بيع المميّز وشراؤه مع إذن الوليّ؟ نظر﴾ الوجه أنّه لا يصحّ كما في «التذكرة [10]» والأصحّ كما في «جامع المقاصد [11]» وقد تقدّم [12] الكلام فيه عند قوله: وفي صحّة العقد حينئذٍ إشكال.

﴿الفصل الثاني: في المجنون والسفيه﴾

[في أنّ المجنون ممنوع من التصرّف]

قوله: ﴿أمّا المجنون فهو ممنوع من التصرّفات أجمع، المالية وغيرها﴾

---

(١) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٥. (٢ و ١١) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٤.

(٣) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٤) شرائع الإسلام: في الوكالة ج ٢ ص ٢٠٥. (٥) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٣٨ س ٢٥.

(٦) تحرير الأحكام: في الوكالة ج ٣ ص ٤٣. (٧) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٣١٨.

(٨) مسالك الأفهام: في الوكالة ج ٥ ص ٢٩٨. (٩) كفاية الأحكام: في الوكالة ج ١ ص ٦٨٤.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في المتولّي لمال الطفل و... ج ١٤ ص ٢٤١.

(١٢) تقدّم في ص ٦٢ ـ ٦٥.

وأمره إلى الأب والجدّ له وإن علا، فإن فُقدا فالوصيّ، فإن فُقد فالحاكم. وللوليّ التصرّف في ماله بالغبطة.

وحكمه حكم الصبيّ فيما تقدّم، إلّا الطلاق فإنّ للوليّ أن يطلّق عنه، وإلّا البيع فإنّه لا ينفذ وإن أذن له الوليّ، وله أن يزوّجه مع الحاجة لا بدونها.

قال في «التذكرة[1]»: لا خلاف بين علمائنا كافّة في الحجر على المجنون ما دام مجنوناً وأنّه لا ينفذ شيء من تصرّفاته، لسلب أهليّته عن ذلك، والحديث[2] المشهور يدلّ عليه.

قوله: ﴿وأمره إلى الأب والجدّ له وإن علا، فإن فُقدا فالوصيّ، فإن فُقد فالحاكم﴾ قد تقدّم[3] فيه الكلام مستوفىً أكمل استيفاء.

قوله: ﴿وللوليّ التصرّف في ماله بالغبطة﴾ هذا ممّا لا شكّ فيه.

قوله: ﴿وحكمه حكم الصبيّ فيما تقدّم، إلّا الطلاق فإنّ للوليّ أن يطلّق عنه﴾ قد تقدّم الكلام فيه أيضاً عند الكلام على طلاق الصبيّ[4].

قوله: ﴿وإلّا البيع فإنّه لا ينفذ وإن أذن له الوليّ﴾ وقد تقدّم منه في الصبيّ[5] أنّ في صحّة بيعه نظراً، والفرق أنّ المجنون كغير المميّز فلا أثر لعبارته ولا قصد.

قوله: ﴿وله أن يزوّجه مع الحاجة لا بدونها﴾ الّذي اعتراه الجنون إمّا ذكر أو أُنثى، وكلّ منهما إمّا صغير أو كبير، فالمجنون الكبير لا يزوّج إلّا أن تدعو الحاجة إليه لما فيه من لزوم المهر والنفقة عليه. وتظهر الحاجة إذا ظنّ شفاؤه بالنكاح أو رغب في النساء وتعلّق بهنّ وطلب منهنّ أو احتاج إلى امرأة تخدمه وكانت مؤنتها

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠١.

(٢) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٠٩.

(٣) تقدّم في ص ٧٧ ـ ٨٨.

(٤) تقدّم في ص ٩٥ ـ ٩٦.

(٥) تقدم في ص ٨٢.

وأمّا السفيه فهو الّذي يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء.

أخفّ من شراء أمة فتستأجر الزوجة أوّلاً لئلّا ترجع عن الوعد فإنّ ذلك ليس واجباً عليها. ويكون القابل الأب أو الجدّ أو السلطان على ما مرّ في بيان حال الولاية عليه. ولا يزوّج إلّا واحدة إذا اندفعت الحاجة بها. وإن كان صغيراً جاز للأب والجدّ أن يزوّجاه مع المصلحة كما في «التذكرة[1]». وقضية إطلاق عبارة الكتاب أنّه لابدّ من الحاجة، وليس لغيرهما ذلك حتّى السلطان إجماعاً كما في نكاح «التذكرة».

وأمّا المجنونة فلا يزوّجها إلّا الأب أو الجدّ له. ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة بكراً أو ثيّباً عندنا كما في نكاح «التذكرة[2]». هذا إذا اتّصل، وأمّا إذا تجدّد فقد تقدّم الإجماع من «التذكرة[3]» أيضاً أنّ الولاية للحاكم. ولا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة، بل يكفي ظهور المصلحة بخلاف المجنون، لأنّها تستفيد من النكاح النفقة والمهر، والمجنون يغرمهما. ولو دعت الحاجة إلى تزويجها فأولى بالجواز بل ربّما وجب. ولو لم يكن لها أب ولا جدّ، فإن كانت صغيرة فأكثر علمائنا كما في «التذكرة[4]» على أنّها لا تزوّج، لأنّه لا حاجة لها في الحال، وغير الأب والجدّ لا يملك الإجبار، وإن كانت بالغة زوّجها الحاكم.

والمجنون المنقطع جنونه لا يجوز تزويجه إلّا أن يفيق فيأذن، ويشترط وقوع العقد حال الإفاقة.

[في السفيه وتعريفه]

قوله: ﴿وأمّا السفيه فهو الّذي يصرف أمواله على غير الوجه

(١ و٢ و٤) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦٠٩ و٦١٠ س ٤٢ و٥ و٤.

(٣) تقدّم في ص ٧٨.

الملائم لأفعال العقلاء﴾ هذا التعريف قد طفحت به عباراتهم بهذا اللفظ ونحوه كقولهم: الّذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة، وقولهم: المبذّر لأمواله في غيرالأغراض الصحيحة، وغيرذلك. والسفيه يقابل الرشيد، ولمّا عرّف المصنّف الرشد بأنّه كيفيةنفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء ـ كما تقدّم [١] الكلام فيه مسبغاً مشبعاً ـ كان السفه عبارة عن الملكةالّتي يترتّب عليها أضداد تلك الأُمور، فلا يقدح الغلط في بعض الأحيان والانخداع نادراً، لأنّ ذلك لا ينافي الملكة.

وصرف المال في المحرّمات وتضييعه مثل إلقائه في البحر سفه بإجماع الأُمّة كما يُفهم من «التذكرة [٢]» وكذا صرفه في الأطعمة والأشربة والأكسية الغير اللائقة بحاله بحيث يعاب عليه ذلك عرفاً وغالباً. قال في «التذكرة [٣]»: الفاسق إذا كان ينفق أمواله في المعاصي ويتوصّل بها إلى الفساد فهو غير رشيد ولا تدفع إليه أمواله إجماعاً، وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة دفع إليه ماله، أي عند مَن لم يشترط العدالة. والظاهر أنّ مراده بهذا الإجماع إجماع الأُمّة كما يعرف ذلك مَن تتبّع كلامه. والظاهر عدم اختصاصه بالابتداء فإنّ الرشد شرط دائماً، ويرشد إليه قوله في موضع آخر منها: ونحن لمّا ذهبنا إلى أنّ الفسق لا يوجب الحجر وأنّه لا يشترط في الرشد العدالة لم يثبت الحجر عندنا بطريان الفسق ما لم ينضمّ إليه تضييع المال في المحارم وغيرها [٤]. وهذا لا يمكن تخصيصه بالابتداء كما هو ظاهر غيره [٥] أيضاً. وقال في «التذكرة» أيضاً: لو طرأ الفسق الّذي لا يتضمّن تضييع المال ولا تبذيره فإنّه لا يحجر عليه إجماعاً [٦]. وقضيّته أنّ الّذي يتضمّن ذلك يوجب التحجير عليه من غير تخصيص

(١) تقدّم في ص ٤٠ ـ ٥٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٨.

(٣ و ٤ و ٦) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٤٩، الجامع للشرائع: في الحجر ص ٣٥٩.

بالابتداء. وفي «التحرير[١]» إن استلزم فسقه التبذير كشراء الخمر وآلات اللهو والنفقة على الفاسق لا يسلّم إليه شيء لتبذيره. ولعلّه أراد النفقة على الفاسق فيما فسق فيه وإلّا فهو مشكل جدّاً.

وكيف كان، يرد الإشكال العظيم الّذي أورده المقدّس الأردبيلي قال: إنّه قلّما يخلو عن ذلك الإنسان فإنّهم يشترون ما لا يجوز ويستعملون الربا ويعطون الأموال للمغنّي والملاعب بالمحرّم وإلى مَن يأخذ من الناس الأموال قهراً خصوصاً الحكّام والظلمة، فيلزم أن يكونوا سفهاء لا تجوز معاملتهم ومناكحتهم وأخذ عطاياهم وزكاتهم وخمسهم، فإنّهم سفهاء بإجماع الاُمّة كما فهمناه من التذكرة مع أنّهم صرّحوا وأطلقوا معاملاتهم ومناكحتهم وقبول جوائزهم وقالوا بكراهتها، بل يمكن أن يقال: إنّ صرفه في العنب بأن يعمل خمراً وفي الخشب بأن يعمل صنماً ونحو ذلك صرف في المحرّم، فيكون فاعله سفيهاً لا تجوز معاملته ومناكحته، مع أنّهم جوّزوا ذلك وقالوا بكراهتها. ولا شكّ أنّ صرفه ولو كان قليلاً من الإطعام للرياء والسمعة وغير ذلك من الأغراض الغير الصحيحة شرعاً حرام فيكون موجباً للسفه ومن الّذي يخلو عنه من أرباب الأموال، فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكاة والخمس منهم، فتأمّل. وبالجملة: التنزّه عنه متعسّر جدّاً فإنّه لو لم يعامل السفيه فإنّه يعامل مَن يعامله. ويصعب ذلك أيضاً أنّهم قالوا: إنّ الرشد شرط فلابدّ من تحقّقه ليعمل بالمشروط، فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الّذي هو شرط بالإجماع؟ فالظاهر أنّهم يبنون على الظاهر ويتركون الأصل، فإنّ ظاهر حال الإنسان أنّه لم يفعل حراماً ولا يصرف ماله فيه. ولعلّ هذا المقدار كافٍ للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمناكحة. ولهذا ما نقل الامتناع والتفحّص عنهم عليهم السلام ولا عن أحد من العلماء المتديّنين، ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنصّ والإجماع[٢].

---

(١) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٦.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٢٠ ـ ٢٢٢.

ويُمنع من التصرّفات المالية وإن ناسبت أفعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمّة والوقف والهبة والإقرار بالدّين والعين والعتق والنكاح، فإن عقد لم يمض.

قلت: هذا لا يجدي فيمن يعلم صرفهم المال في المحرّمات كالظلمة والحكّام وصانع الخمر وعامل الصنم فكيف يصحّ البناء على الظاهر من حال المسلم مع العلم بخلافه؟ ولعلّهم يخصّصون السفه بما إذا لم يكن له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا كما أشار هو إليه وتقدّم[1] منّا التنبيه عليه في حال الصرف للرياء. وهذا أيضاً لا يجدي بعد إجماعهم على أنّ صرفه في المعاصي تبذير، ولا جواب إلّا بأن يقال: إنّ السفيه الّتي تحرم معاملته ومناكحته هو من حجر عليه الحاكم لا غير كما سيتّضح لديك.

[في أنّ السفيه ممنوع من التصرّف]

قوله: ﴿ويُمنع من التصرّفات المالية وإن ناسبت أفعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمّة والوقف والهبة والإقرار بالدّين والعين والعتق والنكاح، فإن عقد لم يمض﴾ يمنع السفيه بعد ثبوت الحجر عليه بمجرّد ظهور سفهه أو بشرط حكم الحاكم به على الخلاف الآتي من التصرّفات المالية ما ذكره وغيره. ولا فرق بين ما ناسب أفعال العقلاء وغيره، ولا بين الذكر والأُنثى، وإن عقد لم يمض إلّا مع إجازة الوليّ على القول بالفضولي. وذلك كلّه قضية إطلاق كلام جماعة[2] وبه صرّح آخرون[3].

---

(١) تقدّم في ص ٧٤ ـ ٧٦.

(٢) منهم المحقّق في الشرائع: في الحجر ج ٢ ص ١٠١، والشهيد في اللمعة: في الحجر ص ١٤٢، والكاشاني في المفاتيح: في الحجر ج ٣ ص ١٥٤.

(٣) منهم الشهيد الثاني في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٥٢، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٥، والطباطبائي في الرياض: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٤.

وفي «مجمع البرهان[1]» أنّ وجه منعه من التصرّفات المالية لنفسه من دون الوليّ مطلقاً مع إصابة المصلحة والربح أم لا الإجماع ظاهراً.

وقد تعرّض لعدم الفرق بين الذكر والاُنثى المحقّق الثاني[2] والشهيد الثاني[3]. وهو كذلك بل الاُنثى أشدّ، إذ هي إلى نقصان العقل والانخداع أقرب، ومن ثمّ ذهب بعض العامّة[4] إلى بقاء الحجر عليها وإن بلغت رشيدة.

ولا يفرّق في ذلك بين النكاح وغيره، لأنّ الزوجة تجعل البضع في مقابلة الصداق، فهو تصرّف مالي من طرفها، إذ البضع ملحق بالأشياء المتقوّمة، ولهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصحّ بل الوليّ لا يصحّ منه ذلك والحال في الزوج ظاهر، لأنّه يراد منه الصداق والنفقة، لكن قال في نكاح الكتاب[5]: إنّ السفيه إذا كان به ضرورة إلى النكاح وتعذّر الحاكم والوليّ فإنّه يجوز أن يتزوّج واحدة لا أزيد بمهر المثل. وفي نكاح «التذكرة[6]» أنّه لو نكح السفيه بغير إذن الوليّ مع حاجته إليه وطلبه من الوليّ فلم يزوّجه قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأقوى الصحّة، لأنّ الحقّ تعيّن له، فإذا تعذّر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حقّ عند غيره فمنعه وتعذّر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضا المديون. وحكى عن أحد وجهي بعض الشافعية أنّ النكاح يبطل ولا حدّ ولا مهر، وعن بعض أنّ لها مهر المثل، وعن بعض أنّ لها أقلّ ما يتموّل رعاية لحقّ السفيه ووفاء لحقّ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٠٩.

(٢) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٥.

(٣) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٢.

(٤) كما في المغني لابن قدامة: في الحجر ج ٤ ص ٥١٧، ونقل عنهم أيضاً في جامع المقاصد: ج ٥ ص ١٩٥.

(٥) قواعد الأحكام: في النكاح ج ٣ ص ١٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦١١ س ١٩.

وهل يتوقّف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأوّل، ولا يزول إلّا بحكمه،

العقد، إذ به يتميّز عن السفاح، ولم يرجّح شيئاً، ولعلّ الأقوى ما قاله الشيخ. وتمام الكلام في البيع [١] والإقرار [٢] يأتي عند تعرّض المصنّف لذلك، وقد أسبغنا الكلام [٣] في نفوذ وصيّته في باب الوصايا وقلنا: إنّ الأقوى عدم النفوذ.

[في توقّف حجر السفيه على حكم الحاكم وعدمه]

قوله: ﴿وهل يتوقّف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأوّل، ولا يزول إلّا بحكمه﴾ اختلف الأصحاب في المسألة على أقوال، ولابدّ من تحرير محلّ النزاع، لأنّه قد اشتبه على بعض الأخباريّين [٤] فتكلّم على الفضلاء والمحقّقين بما لا يليق. ومحلّ النزاع إنّما هو ما إذا حدث السفه بعد بلوغه رشيداً، وإلّا فلو كان متّصلاً بالصغر فإنّه يحكم بالحجر عليه بمجرّد السفه، ولا يتوقّف على حكم الحاكم، وكذا حجر الصبيّ يزول عنه ببلوغه رشيداً ولا

---

(١) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٤٤ ـ ٥٦٠.

(٢) يأتي في ج ٩ ص ٢٣٠ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الخامس والعشرين ولا يخفى أنّ الشارح أحال البحث في باب الإقرار إلى ما تقدّم منه، فراجع.

(٣) يأتي في ج ٩ ص ٣٩١ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الخامس والعشرين.

(٤) لم نظفر على هذا البعض من الأخباريّين في المقام الّذي تكلّم على الفضلاء والمحقّقين بما لا يليق، إلّا أنّ المحقّق البحراني صاحب «الحدائق» بعد ما ردّ كلام الأردبيلي قال: فعدّه مجهول السفاهة في قرن معلوم السفاهة غلط محض، وبالجملة فالظاهر أنّ كلامه في هذا المقام لا يخلو من مجازفة ومسامحة، انتهى. راجع الحدائق: ج ٢٠ ص ٣٦٣. فلعلّ مثل هذا التعبير ـ الّذي هو أيضاً أتى على بعضٍ منهم بأكثر وأوجع ـ هو الّذي أراده وهو الّذي أتعبه وأوجعه، في حين أنّ أمثال هذه التعابير بين العلماء رائجة ودائرة، ولو شئنا بيان شطر من هذه الموارد لخرجت التعليقه عن وضعها ودخلت في تأليف رسالة.

يحتاج إلى حكم الحاكم، وما الصبيّ إلّا كالمجنون فإنّه يحجر عليه بجنونه ويزول عنه بمجرّد الإفاقة، وقد استظهر نفي النزاع في المقامين في موضعين من «مجمع البرهان[1]» واستظهر الإجماع على ذلك من الشهيد في أحد المقامين. وظاهر «التذكرة» أنّ زوال الحجر عنه ببلوغه رشيداً من دون حكم الحاكم ضروري، قال: لأنّه لو توقّف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فكّ الحجر عنهم من الحاكم ولكان عندهم من أهمّ الأشياء[2]. وفي «المبسوط[3] والتحرير[4]» جعل النزاع في غير الصبيّ، قال في «المبسوط»: وأمّا حجر الصبيّ فإنّه يزول ببلوغه ولا يحتاج إلى حكم حاكم، وفي الناس مَن قال: لابدّ فيه من حكم الحاكم، وهو خلاف الإجماع، انتهى. وقال في «التذكرة»: إذا بلغ الصبيّ لم يدفع إليه ماله إلّا بعد العلم برشده، ويستديم التصرّف في ماله مَن كان متصرّفاً فيه قبل بلوغه أباً كان أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً أو أمين حاكم، فإن علم رشده انفكّ الحجر ودفع المال. وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فكّ الحجر أم يفتقر إلى حكم الحاكم؟ الأقرب الأوّل[5]. فلم يسأل عن الأوّل، لأنّه محلّ وفاق عند الأمّة، وسأل عن الثاني لمكان الخلاف الضعيف من بعض الشافعية كما تقدّم منّا التنبيه على ذلك. نعم يظهر من نكاح «التذكرة[6]» أن النزاع عامّ، فليلحظ.

إذا تمهّد هذا فاعلم أنّ ما اختاره المصنّف هنا خيرة «المبسوط[7] والشرائع[8] والتذكرة[9] ومجمع البرهان[10]» وكذا «شرح الإرشاد[11]» لفخر الإسلام. وكأنّه ظاهر

(١ و ١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢١٨ و ٢٢٥ و ٢١٩.

(٢ و ٥ و ٩) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢١٦ و ٢٢٢.

(٣ و ٧) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٤) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦١٠ ـ ٦١١

(٨) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢.

(١١) شرح الإرشاد: في الحجر ص ٥٥ س ٢٥ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

«الغنية[١]» وكأنّه مال إليه في «غاية المراد[٢]». وحكى المقدّس الأردبيلي[٣] عن المحقّق الثاني أنّه المشهور. قلت: قد صرّح بذلك في «تعليق الإرشاد[٤]» قال: المشهور توقّف الحجر على حكم الحاكم فيقوّى حينئذٍ توقّف إزالته عليه، انتهى. وهذا القول ذكره في «المبسوط[٥]» ولم يشر إلى خلافٍ منّا ولا من العامّة.

والحاصل: أنّ الأقوال الأُخر حادثة وبعضها لا يعرف قائله. والّذي جرّأ المتأخّرين على المخالفة ضعف ما ذكر في دليله كقولهم[٦]: إنّ المسألة اجتهادية لوقوع الاختلاف في بعض ما يعدّ فعله سفهاً، لأنّ هذا جوابه: إنّ الكلام إنّما هو حيث نقطع بالأمرين، وقولهم[٧]: لمخالفة قول كلّ منهما الأصل فيقتصر على المتيقّن، لأنّه يجاب عن هذا أيضاً بأنّ الأصل يقطعه الدليل، وهو ظاهر قوله تبارك وتعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[٨] حيث علّق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقّف معه على أمرٍ آخر لم يكن الشرط صحيحاً، ومفهوم الشرط حجّة، والمفهوم هنا أنّ مع عدم الإيناس لا يدفع إليهم، فدلّ على أنّ وجود السفه وزواله كافيان في إثبات الحجر ورفعه، لأنّ السفه والرشد متقابلان، ولظاهر قوله تعالى: ﴿فإن كان الّذي عليه الحقّ سفيهاً﴾[٩] أثبت عليه الولاية بمجرّد السفه من غير إشعار بذكر

(١) غنية النزوع: في الحجر ص ٢٥٢.

(٢) غاية المراد: في الحجر ج ٢ ص ٢٠٢.

(٣) لم نجد التصريح من المقدّس الأردبيلي بنسبة المشهور إلى المحقّق الثاني. نعم نسبه إلى القيل، فراجع مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢١٩.

(٤) حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في الحجر ص ٤٣٤.

(٥) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٦) كما في التذكرة: في الحجر ج ١٤ ص ٢١٩، والمسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٥٨، والإيضاح: في الحجر ج ٢ ص ٥٥.

(٧) كما في الرياض: في الراهن ج ٨ ص ٥٦٣.

(٨) النساء: ٦.

(٩) البقرة: ٢٨٢.

حاكم ولا ابتداء حال، لأنّ معناه ـ على ما ذكره المفسّرون[١] من العامّة والخاصّة ـ سفيهاً محجوراً عليه لتبذيره وجهله في التصرّف، أو ضعيفاً أي صبيّاً أو شيخاً مختلاً، أو لا يستطيع أن يملّ هو بنفسه لخرسٍ أو جهلٍ باللغة فليملل وليّه الّذي يلي أمره، فتوقّفها على أمرٍ خارج يحتاج إلى دليل.

وأنت خبير بأنّ مورد الآية الأُولى إنّما هو الحجر على الصبيّ ابتداءً وإيناس الرشد شرط في زوال الحجر عن الصبيّ ابتداءً. وهو غير محلّ النزاع، فلا يلزم كونه شرطاً في السفه بعد زوال الحجر عنه وأمّا الآية فقد قيل[٢]: إنّ المراد بالسفيه فيها الجاهل بالإملاء، وقيل[٣]: الطفل، وقيل[٤]: الأحمق. قال في «مجمع البرهان»: ويحتمل كونه في الابتداء والمحجور عليه بحكم الحاكم، ولهذا قال في الخلاف: المحجور عليه[٥]. فمع هذه الأقوال لا تنهض دليلاً، وما الاستدلال بهذه الآية الشريفة إلّا كالاستدلال بأنّ العلّة السفه، لأنّ تعليق الحكم على المشتقّ يفيد العلّية لمكان تبادرها، ووجود العلّة يستلزم وجود المعلول، وبأنّه إن جاز التصرّف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطاً وهو باطل بالآية، وإن لم يجز فالمطلوب، وبأنّ اشتراط جواز التصرّف بالرشد يقضي بأنّ زوال الشرط يستلزم زوال المشروط.

ويدفع ذلك كلّه أنّ مبدأ الخلاف لم يعرف صريحاً إلّا من الشهيد في «اللمعة[٦]» في الثبوت، وإلّا فقد وافق على توقّف الزوال على حكم الحاكم وهي آخر ما صنّف، مضافاً إلى دعوى المحقّق الثاني[٧] أنّ هذا القول هو المشهور، وهذان يعضدان الأصل وأدلّة تسلّط الناس على أموالهم عقلاً ونقلاً وأدلّة صحّة التصرّفات الشاملة لتصرّفاته الّتي

---

(١) كالدرّ المنثور: ج ١ ص ٣٧١، والتبيان: ج ٢ ص ٣٧٢.

(٢ ـ ٤) مجمع البيان: ج ٢ ص ٣٩٨.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٢٥.

(٦) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢.

(٧) تقدّم في الصفحة السابقة.

فعلها في زمن سفهه قبل التحجير وصدقها عليها، وأنّه لو كان مجرّد السفه حجراً لعمّت البلوى والبلية إذ أكثر الناس سفهاء كما قدّمنا بيانه، وخصوصاً إذا اعتبرنا العدالة في الرشد، وخصوصاً ما إذا اعتبرنا ما اعتبره جماعة من إصلاح المال والاكتساب وتحصيل المعدوم، وفي بعض هذا بلاغ، وليس لكم دليل من كتاب وسنّة دالّ صريحاً إلّا على استصحاب السفه إلى أن يرشد، وأمّا الحادث بعده فلا، وكيف يوجد دليل على ما قضت الضرورة بخلافه، وإلّا لم تكن الشريعة سهلة سمحاء.

والحاصل: أنّه لا جواب ولا مناص عمّا أورده المقدّس الأردبيلي آنفاً إلّا بهذا القول فلا مناص عنه. ولو تنبّه المتأخّرون المخالفون أو المتردّدون لهذا الخطب العظيم ما عدلوا عن هذا القول ولا تأمّلوا فيه، على أنّا نجيب عمّا ذكر من الأدلّة، إذ مرجع الشرطية والعلّية إلى أنّ منصوص العلّة حجّة وأقصاه الظهور، والظاهر يعدل عنه لهذه الأدلّة.

وعساك تقول: إنّ عبارات الأصحاب في أكثر الأبواب كالبيع والإجارة والوقف والوصية والهبة وغيرها مشحونة باشتراط الرشد كاشتراط البلوغ والعقل، ويبعد حملها على أنّ السفه مانع مع حكم الحاكم أو السفه والرشد ابتداءً، لأنّهم يطلقون ويفرّعون عليه الفروع الكثيرة بحيث يفهم عدم النزاع في ذلك. قلت: هذه مسألة اُصولية وهو أنّ مثل هذه الإطلاقات الّتي ليست مسوقة لبيان الحكم لا يصحّ الاستدلال بها كما هو الشأن في إطلاقات الرهن مع عدم التعرّض فيها للقبض مع أنّه شرط فيه على المعروف عند أكثرهم.

والحاصل: أنّ هذا حكم مخالف للعقل والنقل كتاباً وسنّةً وإجماعاً فيقتصر فيه على محلّ اليقين والوفاق وهو في الابتداء وتسليم المال أو حكم الحاكم، ولا يخرج عن ذلك إلّا بأدلّة قاهرة.

وبما ذكرنا ظهرت أدلّة القول الثاني. وهو ثبوته بظهور السفه وانتفاؤه بانتفائه

حيث يقطع بالأمرين وهو خيرة «جامع المقاصد[1] والروضة[2] والمسالك[3] والكفاية[4] والمفاتيح[5] والرياض[6]» بلفظ الأصحّ في الأوّل والأقوى في الروضة والمسالك والأقرب في الكفاية وغيرها. ومفهوم ذلك أنّ الأوّل صحيح وقويّ وقريب، فلم يقدّموا على المخالفة كما ترى. وفي «تعليق الإرشاد[7]» أنّه قويّ.

والقول الثالث ما اختاره في «اللمعة[8]» من ثبوته بمجرّد السفه وتوقّف زواله على حكم الحاكم. ووجهه يعرف ممّا مرّ من أنّ المقتضي للحجر هو السفه في الأوّل فيجب تحقّقه بتحقّقه ولأنّ زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد وقيام الأمارات، لأنّه أمرٌ خفيّ فيناط بنظر الحاكم في الثاني. وفيه: أنّا إذا قطعنا بزواله زال الحجر وقد يعسر إعلام الحاكم فيلزم الضرر بالمنع من تصرّفه في ماله مع عدم السفه، فتأمّل.

والقول الرابع ـ هو ما اعترف جماعة[9] بعدم معرفة قائله ـ وهو توقّف ثبوته على حكم الحاكم وزواله بزوال السفه. وقال في «جامع المقاصد[10]»: إنّه يظهر من كلام الشهيد في غاية المراد، ولم يكن هذا الظهور من الكتاب المذكور بمكانة منه. ووجهه أنّ حكم الحاكم كان مشروطاً بوجوده فلمّا عدم السفه امتنع ثبوت الحجر، إذ يمتنع بقاؤه من دون الشرط خصوصاً على القول بأنّ البقاء يحتاج إلى علّة وأنّ علّة

(١ و ١٠) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٦.

(٢) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٧.

(٣) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٩.

(٤) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٧.

(٥) مفاتيح الشرائع: في مَن ليس له التصرّف في شيء ج ٣ ص ١٨٦.

(٦) رياض المسائل: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٣.

(٧) حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي وآثاره: ج ٩) في الحجر ص ٤٣٤.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢.

(٩) منهم الشهيد الثاني في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٥٩، والسيّد الطباطبائي في الرياض: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٤.

فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل. ويستردّ البائع سلعته إن وجدها،

البقاء علّةالحدوث. ولعلّه أظهر ممّا في «اللمعة» ومنه يُعرف حال ما في «الإرشاد» كما ستسمع. وجزم في «التحرير[1]» بتوقّفه على حكم الحاكم وتوقّف في زواله. وعكس في «الإرشاد[2]» فتوقّف في ثبوته على حكم الحاكم وجزم في زواله من دونه. ولم يرجّح فخرالإسلام في «الإيضاح[3]» والشهيد في «حواشيه[4]» وقد عرفت الحال فيمن يتولّى ماله فيما تقدّم[5] بما لا مزيد عليه.

[في بطلان تصرّفات السفيه]

قوله: ﴿فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل﴾ هذا ممّا لا أجد فيه مخالفاً. وهو وإن لم يصرّح به في «المبسوط[6]» لكنّه قضية كلامه في فروع المسألة. وفي «مجمع البرهان[7]» لاشكّ في بطلان البيع عالماً كان أو جاهلاً، قال: بل يمكن تحريم أصل المعاملة ومجرّد إيقاع صورة البيع والشراء معه. قلت: من صحّح الفضولي بالإجازة صحّحه بإجازة الوليّ، فالبطلان ليس على حقيقته، وليس بأسوأ من بيع الغاصب، فتأمّل. ويأتي كلام الشيخ وابن البرّاج حيث منعا من جواز بيع السفيه بإذن الوليّ.

قوله: ﴿ويستردّ البائع سلعته إن وجدها﴾ هذا ممّا اتّفقت عليه عبارات مَن تعرّض له.

(١) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٨.
(٢) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٧.
(٣) بل الموجود في الإيضاح هو ترجيح إثبات الحجر وزواله على حكم الحاكم كما صرّح به العلّامة في المتن، فراجع إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٥٦.
(٤) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.
(٥) تقدّم في ص ٧٦ ـ ٩٠.
(٦) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٧.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

وإلّا فهي ضائعة إن قبضها بإذنه عالماً كان البائع أو جاهلاً وإن فكّ حجره،

قوله: ﴿وإلّا فهي ضائعة إن قبضها بإذنه عالماً كان البائع أو جاهلاً وإن فكّ حجره﴾ كما في «المبسوط[1] والتحرير[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] والكفاية[6]» وكذا «الشرائع[7] والإرشاد[8]» لأنّهما لم يصرّح فيهما بالجاهل لكنّ إطلاقهما يشمله. وفي «الكفاية[9]» أنّه أشهر.

ووجهه أنّ تسليطه للغير على إتلاف ماله قبل اختبار حاله وعلمه بأنّ العوض المبذول منه ثابت أولا تضييع لماله. ولا فرق بين بقاء حجره وفكّه، لعدم اللزوم في وقت الإتلاف فلايلزم بعد الفكّ، فقول المصنّف وغيره «وإن فكّ حجره» وصليّ.

وحكى في «التذكرة[10]» بعد ذلك عن بعض الشافعية أنّه إذا أتلفه بنفسه ضمن بعد رفع الحجر عنه، وقال: لا بأس به. وخصّ في «اللمعة[11]» ضياعها وعدم ضمانها بالعامل العالم. ونصّ في «الروضة[12]» على أنّه لو كان جاهلاً بحاله كان له الرجوع مطلقاً لعدم تقصيره. وتأمّل في «مجمع البرهان» مع الجهل خصوصاً إذا لم يكن مقصّراً في التفحّص، ثمّ تأمّل في صورة العلم أيضاً، لأنّه صار سفيهاً أيضاً، ثمّ استظهر عدم

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٥.

(٢) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٨.

(٣ و ١٠) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٧.

(٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٧.

(٥) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٩.

(٦ و ٩) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٧ و ٥٨٨.

(٧) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢.

(٨) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٧.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٢.

(١٢) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٨.

وكذا لو اقترض وأتلف المال،

الضمان، ثمّ قال: الّذي يختلج في صدري ضمانه مع علمه ـ أي السفيه ـ بعدم صحّة هذا العقد وعدم صحّة التسلّط إلّا أن يكون المسلّم إليه عالماً وقبّضه إيّاه[١]، فتأمّل.
قلت: هو جيّد كما ستسمع.

وقضية كلام «الكتاب والشرائع[٢]» أنّه إن كان قبضه بغير إذن المالك رجع به كما هو صريح «المبسوط[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]» واستحسنه في «الروضة[٨]» لأنّه يلحق بغيره من القبض عدواناً. وقد جعله في «الروضة» قولاً ثالثاً مقابلاً للقولين الأوّلين، وليس كذلك، بل لم يخالف فيه أحد منّا ولا من العامّة.

وفي «مجمع البرهان[٩]» أنّ الظاهر عدم الضمان، سواء كان قبّضه إيّاه أو قبضه بنفسه، لأنّه بالعقد المملّك والمسلّط على تملّكه ضيّعه المالك هو بنفسه. وفيه: أنّه لا تفريط من المالك وإنّما صدر منه مجرّد العقد الفاسد الّذي لا يترتّب عليه حكم هنا، والصبيّ والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان، فالسفيه أولى.

قوله: ﴿وكذا لو اقترض وأتلف المال﴾ كما نصّ عليه في «المبسوط[١٠]» وغيره[١١]، لأنّ الإقراض تسليط على الإتلاف، وكذا كلّ ما يتضمّن التسليط على

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٢٨.
(٢) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٣ و ١٠) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٥.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٨.
(٥) تحرير الأحكام: الحجر ج ٢ ص ٥٣٨.
(٦) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٨.
(٧) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٦٠.
(٨) الروضة البهيّة: في الحجر ج ٤ ص ١٠٨.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٢٨.
(١١) كتحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٩.

الوليّ صحّ إن عيّن، وإلّا فلغو.

الإتلاف. وحكم الصبيّ والمجنون حكم السفيه في وجوب الضمان عليهما إذا أتلفا مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالمبيع والقرض.

قوله: ﴿ولو أذن له صحّ إن عيّن، وإلّا فلغو﴾ أي إذا أذن له الوليّ في التصرّف صحّ إن عيّن نوعاً منه وقدّر العوض كأن قال له بع الشيء الفلاني بكذا، أو: انكح فلانة بكذا. أمّا صحّة إذنه في النكاح فممّا لا خلاف فيها كما يظهر من نكاح «التذكرة[1]» ولعلّه كذلك، لأنّ الشيخ[2] والقاضي[3] موافقان فيه. وأمّا في البيع فهو خيرة «الشرائع[4]» وحجر «التذكرة[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» وهو قضية كلامه في «التحرير[8] والإرشاد[9]» لأنّه صحّح فيهما إجازته لما باعه، وكذا «مجمع البرهان[10]».

والوجه في ذلك أنّ المانع ليس إلّا خوف المحذور من إتلاف المال، وهو مندفع بالتعيين، ومعلوم أنّ اعتبار إذن الوليّ مشروط بالمصلحة كتصرّفه بل أولى.

والمخالف الشيخ في «المبسوط[11]» والقاضي[12] وحكاه في «المسالك[13]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦١٠ س ٣٨.

(٢ و١١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٣) لم نعثر عليه في المهذّب لا في النكاح ولا في البيع ولا في كتابه جواهر الفقه ولا على مَن نقله عنه، فراجع لعلك تجده.

(٤) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٩.

(٦) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٨.

(٧ و١٣) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٥.

(٨) تحرير الأحكام: الحجر ج ٢ ص ٥٤٠.

(٩) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٦.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢١٠.

(١٢) لم نعثر عليه، ولكن نقله عنه العلّامة في المختلف: في الحجر ج ٥ ص ٤٣٤.

وكذا لو باع فأجاز الوليّ.

ولو أتلف ما أُودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن،

عن جماعة، ولم نجد غير هذين. وكأنّه في نكاح «التذكرة[1]» مال إليه. ووجهه أنّ البيع يختلف حكمه ساعة فساعة، لأنّ السوق قد يزيد وقد ينقص بدخول الجلب وانقطاعه فافتقر إلى عقد الوليّ، لاحتياطه في ذلك بخلاف النكاح، ولأنّ المقصود من البيع المال وهو محجور عليه وليس المقصود من النكاح المال فافترقا، وهو كما ترى.

وأمّا أنّه إذا أطلق كان لغواً، لأنّه لو صحّ فات الغرض من الحجر عليه.

قوله: ﴿وكذا لو باع فأجاز الوليّ﴾ كما في «الشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] ومجمع البرهان[8]» لما عرفت من أنّه بالغ عاقل، وخوف الإتلاف منتفٍ هنا، كما أنّ محذور اختلاف السوق أيضاً منتفٍ. ولعلّه لهذا ترك التصريح بالإذن في «التحرير[9] والإرشاد[10]» وصرّح بالإجازة فيهما، فتأمّل.

[في ضمان السفيه ما ضيّعه من الأموال]

قوله: ﴿ولو أتلف ما أُودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن﴾ مفهوم قوله «قبل الحجر» أنّ ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه بالإتلاف. وهو الّذي فهمه منه في «المسالك[11]» فهنا حكمان:

---

(١) تذكرة الفقهاء: في النكاح ج ٢ ص ٦١٠ س ٣٨.

(٢) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠١. (٣) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٩.

(٤ و٩) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٤٠.

(٥ و١٠) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٦. (٦) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٨.

(٧ و١١) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٥ و ١٦٠.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢١٣.

الأوّل: أنّه لو أتلف السفيه بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن، إذ لا تسليط على الإتلاف هنا من المالك ولا تعريض للإتلاف، لكونه حينئذٍ غير محجور عليه فيضمن، لأنّ إتلاف مال الغير سبب في الضمان، وكأنّه ممّا لا خلاف فيه كما هو قضية كلامهم فيما ستسمع.

الثاني: إذا أتلف ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه كما هو خيرة «الشرائع[1] والإرشاد[2]» لأنّ المودع فرّط بإعطائه، وقد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جلّ شأنه: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾[3] فيكون بمنزلة مَن ألقى ماله في البحر. واختير في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والروضة[7] ومجمع البرهان[8]» أنّه يضمن، لأنّ المالك لم يسلّطه على الإتلاف وإنّما أمره بالحفظ، فقد حصل منه الإتلاف بغير اختيار المالك كما لو غصب والحال أنّ السفيه بالغ عاقل، والأصل عصمة مال الغير، ومن الاُمور المستبعدة تضمينه بالغصب وعدم تضمينه بالإتلاف للوديعة مع كونه أبلغ وأفحش، مع أنّ وضع يده حال الإتلاف غصب، وتسليم مالكه إيّاه لا يستلزم عدم الضمان، لأنّ له أهليّة الحفظ والضمان، لأنّه مكلّف إلّا أنّه تسامح في ماله، وذلك غير قادح في أهليّته، فلا يستلزم كون المالك هو المضيّع، ولهذا يجوز توكيله. ولم يرجّح الشيخ في «المبسوط[9]» والمصنّف في «التحرير[10]» والشهيد في «اللمعة[11]».

---

(١) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
(٢) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٧.
(٣) النساء: ٥.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٩.
(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٩٩.
(٦) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٦٠.
(٧) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٩.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٢٩.
(٩) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.
(١٠) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٨.
(١١) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٣.

قلت: قد يستشهد[١] للقول الأوّل بالخبر[٢] ومضمونه أنّ إسماعيل ابن مولانا الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلاً فنهاه أبوه عليه السلام عن ذلك، لأنّ ذلك الرجل كان يشرب الخمر، فخالف واستبضعه فاستهلك ماله، فحجّ أبو عبدالله عليه السلام وحجّ معه ابنه إسماعيل، فجعل يطوف بالبيت ويقول: اللّهمّ أجرني واخلف عليّ، فلحقه أبو عبدالله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له: مه يا بني فلا والله مالك على الله حجّة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنّه يشرب الخمر فائتمنته ـ إلى أن قال: ـ فإنّ الله عزّوجلّ في كتابه قال: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ فأيّ سفيه أسفه من شارب الخمر؟ إنّ شارب الخمر لا يزوّج ولا يؤتمن على أمانة، فمن ائتمنه على أمانته فاستهلكها لم يكن للّذي ائتمنه على الله عزّوجلّ أن يؤجره، فإنّ مضمونه يعطي أنّه غير مستحقّ لشيء بالكلّية عقوبةً ومؤاخذة له حيث خالف الله سبحانه وتعالى. ولو كان المال مضموناً والحقّ ثابتاً في ذمّة السفيه كسائر الحقوق والديون لم يكن للمنع من الدعاء بالأجر والخلف وجه، لأنّه له أن يتوصّل إلى حقّه بكلّ وجهٍ من الوجوه، ومنها الدعاء مع عدم الحيلة في الوصول بغيره من الاُمور. والحاصل: أنّه لو كان حقّاً شرعيّاً في ذمّة من دفعه إليه لاستحقّ العوض من الله سبحانه أو كان له أن يدعو عقلاً ونقلاً كسائر الحقوق الّتي تفوت على أصحابها، فتأمّل. وقولكم «من الاُمور المستبعدة ... إلى آخره» فيه أنّ الفرق واضح، لأنّه في الوديعة سلّمه المالك وسلّطه عليه مع علمه بحاله، ولا كذلك الحال في الغصب، وقد صرّح كثير[٣] بأنّ العارية كالإيداع وزيد في «اللمعة[٤]» الإجارة.

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: في الحجر ج ٢٠ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الوديعة ح ١ ج ١٣ ص ٢٣٠.

(٣) منهم الشهيد في المسالك: ج ٤ ص ١٦٠، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج ٥ ص ١٩٩، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة: ج ٩ ص ٢٢٩.

(٤) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٣.

وأمّا ضمان ما غصبه بعد الحجر فكأنّه ممّا لا خلاف فيه.

ومراده بالإطلاق في قوله «أو أتلف مال غيره مطلقاً» ضمن ما كان قبل الحجر أو بعده سواء جعل باختيار صاحبه في يده أو بدون اختياره، وهذا يقضي أنّه لو أتلف الوديعة بعد الحجر يضمن فيبقى المفهوم في قوله «قبل الحجر» مقصوراً على ما إذا فرّط في الحفظ، فتكون فتوى الكتاب أنّه يضمن بالإتلاف لا بالتفريط، ولا يكاد يفرّق بين الإتلاف والتفريط فإنّه إتلاف، ولا يكاد يتمّ للإطلاق وجه يلتئم به مع أوّل كلامه.

ويبقى الكلام في المجنون والصبيّ، ففي «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» وغيرها[5] أنّهما كالسفيه يجب عليهما الضمان إذا أتلفا مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض، وقد نبّه على ذلك في «المبسوط[6]» ونبّه عليه في باب البيع من «نهاية الإحكام[7] والتذكرة[8]» أيضاً أنّه ممّا لا خلاف بين المسلمين حيث لم يحك فيه عن العامّة خلافاً وإنّما حكاه في إيداعهما وعاريتهما، لكنّ هذا يخالف تعريفهم الحكم بأنّه خطاب الله المتعلّق بأفعال المكلّفين بالاقتضاء والتخيير والوضع، فليتأمّل.

وأمّا الوديعة والعارية إذا دفعهما صاحبهما إليهما باختياره فتلفتا بتفريطهما أو أتلفاهما فالأقرب أنّه لا ضمان عليهما. وفي «التذكرة[9] والتحرير[10]» إن تلفتا فلا

(١ و٩) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٢٩.
(٢ و١٠) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٩.
(٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠٠.
(٤) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٦٠.
(٥) كظاهر مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٣٠.
(٦) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٥.
(٧) نهاية الإحكام: في المتاجر ج ٢ ص ٤٥٤.
(٨) تذكرة الفقهاء: في البيع ج ١٠ ص ١٢.

ولو أقرّ بدَينٍ لم ينفذ إقراره سواء أسندهإلى ما قبل الحجر أو لا، وكذا لو أقرّ بإتلاف مالٍ أو بجنايةٍ توجب مالاً.

ضمان عليهما، وإن أتلفاهما فالأقرب أنّه كذلك، ولم يفرّق في تلفهما بين التفريط وعدمه، والتفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف. وفي «جامع المقاصد[1]» أنّ ضمان الصبيّ المميّز إذا باشر الإتلاف قويّ، وكذا إذا فرّط، لأنّ التفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف. أمّا غير المميّز والمجنون فهما كسائر الحيوانات. وفرّق في «المسالك[2]» بين التلف والإتلاف وأنّ الأجودالضمان فيالثاني دون الأوّل. وعلّل عدم الضمان في الأوّل بأنّ الضمان باعتبار الإهمال إنّما يثبت حيث يجب الحفظ، والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلّق بأفعال المكلفين، فلا يتعلّق بالصبيّ والمجنون. ووجوب الضمان في الثاني بأنّ إتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في الضمان والأسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقّف على التكليف. قلت: لكن لا ينافيه التعريف كما عرفت، ولم نقف على دليل يدلّ عليه إلّا قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[3] وهو خاصّ بالمكلّف، بل الاحتمال كافٍ، وتمام الكلام في الوديعة.

[في عدم اعتبار إقرار السّفيه]

قوله: ﴿ولو أقرّ بدَينٍ لم ينفذ إقراره سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو لا، وكذا لو أقرّ بإتلاف مالٍ أو بجنايةٍ توجب مالاً﴾ لأنّا لو قبلنا إقراره في ماله لزال معنى الحجر، لأنّه يقرّ به فيأخذه المقرّ له. ولأنّه أقرّ بما هو ممنوع من التصرّف فيه، فلم ينفذ إقراره كإقرار الراهن في الرهن. وهل يلزمه

---

(١) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠٠.
(٢) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٦٠ ـ ١٦١.
(٣) عوالي اللآلي: ح ١٠٦ ج ١ ص ٢٢٤، مستدرك الوسائل: في الغصب ح ٤ ج ٣ ص ١٤٥.

ويصحّ طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وخلعه، ولا يسلّم مال الخلع إليه،

حكم إقراره بعد فكّ الحجر عنه؟ الوجه لا، لأنّ المنع من نفوذ إقراره في الحال إنّما يثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه، فلو نفذ بعد فكّ الحجر لم يفد إلّا تأخّر الضرر عليه إلى أكمل حالتيه، بخلاف المحجور عليه لفلس فإنّ المانع تعلّق حقّ الغرماء به، فيزول المانع بزوال الحقّ عن ماله، فيثبت مقتضى إقراره، وفي مسألتنا انتفى الحكم لانتفاء سببه، إذ لا يندفع الضرر إلّا بإبطال إقراره بالكلّية. وهذا حكم تكليفنا في الظاهر، أمّا حكمه فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ، فإن علم لزوم ذلك له قبل الحجر عليه وجب عليه أداؤه بعد فكّ الحجر عنه كما لو لم يقرّ به، لكنّه لا يجب عليه الأداء فيما أتلفه بعد الحجر بدفع صاحب المال إليه وتسليطه عليه بالبيع وشبهه.

ولو ادّعى عليه شخص بدينٍ لزمه قبل الحجر فأقام بيّنة قضى بها، وإن لم يكن بيّنة فإن قلنا إنّ النكول وردّ اليمين كالبيّنة سمعت، وإن قلنا كالإقرار لم تسمع، إذ أقصاه أن يقرّ وإقراره غير معقول.

[فيما يعتبر فيه إقرار السفيه وتصرّفه]

قوله: ﴿ويصحّ طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وخلعه، ولا يسلّم مال الخلع إليه﴾ أمّا صحّة طلاقه فعليه عامّة أهل العلم كما في «التذكرة[1]» وبه قال جميع الفقهاء إلّا ابن أبي ليلى[2] لأنّ البضع ليس بمال ولا جار مجراه، لأنّه

---

(١) تذكرة الفقهاء: الحجر ج ١٤ ص ٢٣٤.

(٢) الموجود في المجموع هونقل عدم صحّة طلاقه عن ثلاثة منهم وهم: ابن أبي ليلى المذكور والنخعي وأبو يوسف، ونقله ابن رشد في بداية المجتهد عن اثنين منهم وهما ابن أبي ليلى ←

وإقراره بالنسب، وينفق على مَن استلحقه من بيت المال،

لا ينتقل إلى الورثة ولا يمنع المريض من إزالة الملك عنه ولا يطلّق الوليّ عنه أصلاً بل يطلّق هو بنفسه. ويصحّ لعانه وظهاره ويكفّر بالصوم، وتصحّ منه الرجعة، لأنّها ليست ابتداء نكاح بل تمسّك بالعقد السابق، لأنّ هذه لا تعلّق لها بالمال، ويصحّ منه الخلع، لأنّه إذا صحّ منه الطلاق مجّاناً فبالأولى أن يصحّ الخلع، ولا يدفع إليه مال الخلع، وإن دفع إليه وأتلفه لم تبرأ المرأة وهو من ضمانها، ولا يشترط أن يخالع على مهر المثل أو أزيد.

قوله: ﴿وإقراره بالنسب، وينفق على مَن استلحقه من بيت المال﴾ أي لو أقرّ بنسب صحيح قبل ويثبت النسب، لانتفاء المانع وهو مصادفة الإقرار المال، إذ لو وجب الإنفاق على المقرّ به أنفق عليه من بيت المال.

وفي «حواشي الشهيد[1]» أنّ إقرار الزوج بالزوجة يوجب نفقتها، لأنّها معاوضة. قلت: ظاهر «التذكرة[2]» أنّه ممّا لا ريب فيه عند العامّة. وقال الشهيد[3]: لو قيل من ماله مطلقاً كان حسناً، لأنّه قد ثبت نسبه شرعاً ولاستلزامه الإضرار بجميع المسلمين بواسطة قولٍ واحد، فإن قلت: المنع من الإنفاق في ماله نظراً إلى صيانته، قلت: صيانة مال جميع المسلمين أولى. قلت: قد حكى ذلك في «التذكرة[4]» عن بعض العامّة.

وأجاب في «جامع المقاصد[5]» عن قول الشهيد بأنّه ـ أي النسب ـ إنّما ثبت

← وأبو يوسف. نعم نقله في الخلاف عن ابن أبي ليلى خاصّة، فراجع المجموع: ج ١٣ ص ٣٨٠، والبداية: ج ٢ ص ٣٠٦، والخلاف: ج ٣ ص ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(١) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٣١ و ٢٣٢.

(٣) نقله عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠١.

(٥) راجع المصدر السابق.

وبما يوجب القصاص. ولو صولح فيه على مالٍ فـالأقرب ثـبوت المال.

بالنسبة إلى ما عدا المال، وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين، وهذا منهم، فلا يتصوّر أن يقال وجوب النفقة إضرار بالمسلمين، وإلّا لقيل في كلّ فرد منهم مثل هذا، انتهى.

قلت: قد لا يرد هذا على الشهيد، لأنّه أراد الإضرار بمال جميع المسلمين بقولٍ واحد، كأن سرق ولده الصغير الحرّ وبيع فعرّفه وأقرّ به وصدّقه المولى، فإنّه كان واجب النفقة على مولاه والآن صار واجب النفقة على جميع المسلمين بقولٍ واحد، فدار الأمر بين أن لا يقبل إقراره أصلاً، أو يقبل في النسب لا في النفقة، لأنّهما غير معلومي التلازم، أو يقبل فيهما والنفقة في ماله، لأنّ ذلك حصل بالتبع، لأنّه لمّا ثبت النسب جاءت أحكامه، فلا يتّجه حينئذٍ قوله «فلا يتصوّر ... إلى آخره» فتأمّل جيّداً.

والقول بالإنفاق عليه من بيت المال للشيخ في «المبسوط[1]» ووافقه المصنّف في «التذكرة[2] والكتاب» وظاهر «التحرير[3]» التأمّل في ذلك.

قوله: ﴿وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مالٍ فالأقرب ثبوت المال﴾ إذا أقرّ السفيه بما يوجب القصاص قبِل منه، لأنّه مكلّف عاقل، ويحكم عليه به في الحال، ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم كما في «التذكرة[4]» فلو عفا المقرّ له على مال لم يثبت عندنا، لأنّ موجب العمد القصاص، فإذا صولح على مالٍ كان له خلاص نفسه بالمال، لأنّ حفظ النفس أولى فجاز له الصلح، ويحتمل العدم، لأنّه يرجع على الأصل بالإبطال، لأنّ أصل الحجر على السفيه لحفظ ماله،

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٧.

(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٣١ و ٢٣٠.

(٣) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٩.

ولو وكّله غيره في بيعٍ أو هبةٍ جاز لبقاء أهلية التصرّف.

وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فإن تبرّم بها أُبدلت.

وهو في العبادات كالرشيد

ويمكن أن يتواطأ مع المقرّ له على الإقرار ثمّ الصلح توصّلاً إلى الغرض الفاسد. وجوابه كما في «جامع المقاصد[1]» اندفاع ذلك بقرائن الأحوال، فإنّ المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى ولا يلتبس بمن يحاول المال فيصحّ الصلح. قلت: إذا كان عالماً بالحكم يمكن أن يخفى الحال فيه. قال الشهيد[2]: ولك أن تمنع أصل صحّة هذا الإقرار، لأنّ فتح هذا الباب ينافي الحجر.

قوله: ﴿ولو وكّله غيره في بيعٍ أو هبةٍ جاز لبقاء أهلية التصرّف﴾ عندنا، لأنّ عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه فيصحّ عقده كما في «التذكرة[3]».

قوله: ﴿وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة، فإن تبرّم بها أُبدلت﴾ الوجه في ذلك واضح بل قد يجب عليه ذلك.

[حكم عبادات السفيه]

قوله: ﴿وهوفي العبادات كالرشيد﴾ كأنّه ممّا لاخلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقل فيه خلاف في «المبسوط[4] والتذكرة[5]» ولا فرق بين البدنية والمالية.

---

(١) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠١.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣ و٥) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٣٠ و٢٣٨.

(٤) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

إلّا أنّه لايفرّق الزكاة بنفسه. وينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً، وفي التطوّع إن استوت نفقته سفراً وحضراً أو أمكنه تكسّب الزائد،

قوله: ﴿إلّا أنّه لايفرّق الزكاة بنفسه. وينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً﴾ أمّا الأوّل فلأنّه تصرّف مالي ممنوع منه على الاستقلال، وأمّا الثاني فلو أحرم بحجّة الإسلام أو عمرته فإنّه إنّما يؤدّي واجباً تجب المبادرة إليه فيصحّ إحرامه بغير إذن الوليّ، وليس له الاعتراض عليه سواء زادت نفقة السفر أو لا. وهذا المراد بالإطلاق. وينفق عليه الوليّ أو يبعث معه حافظاً يحفظ ماله وينفق عليه ولو بأُجرة. وكذا لو أحرم بحجّ أو عمرة واجبتين بنذر أو شبهه كان قد أوجب ذلك قبل الحجر عليه. ولو نذر الحجّ بعد الحجر عليه فالأقوى انعقاده، لكن لايمكن منه إن زادت نفقته في السفر ولم يكن كسب يفي بها، بل إذا رفع الحجر عنه حجّ.

ولو نذر التصدّق بعين ماله لم ينعقد، ولو نذر في الذمّة انعقد. ولو نذر عبادةً بدنية لزمته كما في «التحرير[1]» ويأتي تمام الكلام في المقام.

قوله: ﴿وفي التطوّع إن استوت نفقته سفراً وحضراً أو أمكنه تكسّب الزائد﴾ هذا ممّا لا أجد فيه مخالفاً ولا مستشكلاً قبل المقدّس الأردبيلي[2]. وقد صرّح به في «المبسوط[3] والشرائع[4] والتحرير[5] والتذكرة[6] والإرشاد[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9]

(١ و٥) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٤٠.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٣٧.

(٣) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٤) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٣.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٣٩.

(٧) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٧.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الحجر ص ١٤٣.

(٩) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠٢.

والمسالك[1] والروضة[2] والكفاية[3] والمفاتيح[4] »بل قد يظهر من «المبسوط والتذكرة» أن لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقلا فيهما خلافاً عن أحد من الخاصّة والعامّة، لانتفاء الضرر مع تساوي السفر والحضر في النفقة والتفاوت مع الاكتساب.

واستظهر المقدّس الأردبيلي[5] عدم منعه من المندوب وإن استلزم صرف المال زائداً على الحضر. قلت: لو لم يمنع من الصدقات والنذور (والنفقة ـ خ ل) المتعلّقة بالأموال وفعل كبناء المساجد والقناطر لأمكن أن يجعل ذلك وسيلة إلى ذهاب المال فيعود على الحكم بالإبطال. وقد تكلّم بعض الناس[6] في المقام بكلامٍ هو أهون من أن نردّه.

وأورد في «جامع المقاصد[7]» بأنّ ما يكتسبه مال فيتعلّق الحجر به. وأجاب بأنّه قبل الاكتساب لم يكن مالاً وبعده صار محتاجاً إلى زيادة النفقة، وأيضاً فإنّ الاكتساب غير واجب على السفيه وليس للولي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الّذي تعلّق الحجر به.

وقد يقال[8] على الجواب الأوّل: إنّه إنّما يتمّ لو لم يمكنه العود أو أمكنه بنفقة

---

(١) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٦٣.

(٢) الروضة البهية: في الحجر ج ٤ ص ١٠٩. (٣) كفاية الأحكام: في الحجر ج ١ ص ٥٨٩.

(٤) ليس في المفاتيح ذكر من هذا الفرع بعينه فضلاً عن ذكر حكم التسوية بين الحضر والسفر، ويمكن استظهار المنع منه للتصرّف في المال سفراً وحضراً مساوياً كانت نفقة المال في السفر والحضر أو لم يكن مساوياً وذلك لأنّه قال: ليس للسفيه الإتيان بالعبادات الماليّة إلّا إذا كانت واجبة عليه، ومع ذلك لا يتمكّن من صرف المال وتفريق الحقوق بل إنما يتولّاه الوليّ، انتهى. راجع المفاتيح: ج ٣ ص ١٨٧ وعبارته هذه ظاهرة في منع المحجور عن التصرّف في العبادات الماليّة التطوّعية مطلقاً، فتأمّل.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢٣٧.

(٦) الظاهر هو البحراني في الحدائق الناضرة: ج ٢٠ ص ٣٧٨.

(٧) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠٢.

(٨) القائل هو الشهيد الثاني في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٦٣.

وإلّا حلّله الوليّ بالصوم.

مساوية لنفقة الإكمال، وإلّا لم ينفعه احتياجه إلى النفقة. وعلى الثاني: إنّه وإن لم يجب عليه الاكتساب إلّا أنّه إذا اكتسب باختياره تحقّق المال ولزم الحجر فيه فعاد المحذور. نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبّس بالحجّ أو قبله ولم يمكن العود إلّا بصرفه زال الإشكال.

قوله: ﴿وإلّا حلّله الوليّ بالصوم﴾ كما في «المبسوط[١] والتحرير[٢]» وفي «الشرائع[٣] والإرشاد[٤]» وغيرهما[٥] حلّله الوليّ. وقضية كلامهم أنّ إحرامه ينعقد. وقد يقال[٦]: إنّه كيف ينعقد مع الإخلال بالشرائط؟ للنهي عنه حينئذٍ المقتضي للفساد في العبادة، إلّا أن تقول: النهي هنا عن أمر خارج وهو إتلاف المال الزائد، فليس هناك نهي عن ذات العبادة ولا عن شرطها، لأنّ المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد، فطريق استدراكه ـ أي الزائد ـ تحليل الوليّ له بالصوم، لأنّه حينئذٍ كالمحصور حيث يحرم عليه الذهاب للإكمال، هذا إن جعلنا الدم للإحصار بدلاً، وإلّا بقي على إحرامه إلى زمان الفكّ. وظاهر «المبسوط[٧] والكتاب» تعيين التحليل بالصوم، وهو الّذي يقتضيه الحجر لحفظ المال. وظاهر «التحرير[٨] والتذكرة[٩]» وكذا «الشرائع[١٠] والإرشاد[١١]» أنّ له كلاً من الأمرين.

هذا والصوم الّذي يحلّله الوليّ به على القول بالبدل عشرة أيّام من دون اعتبار التوالي والزمان وكونه في الحجّ، وروى الشهيد ثمانية عشر يوماً، قال: لم أقف

---

(١) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٧.
(٢ و٨) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٤٠.
(٣ و١٠) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٣.
(٤ و١١) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٧.
(٥) كالجامع للشرائع: في الحجر ص ٣٦٠.
(٦) كما في المسالك: في الحجر ج ٤ ص ١٦٤.
(٧) المبسوط: في الحجر ج ٢ ص ٢٨٧.
(٩) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٣٩.

وينعقد يمينه، فإن حنث كفّر بالصوم،

على كون التحليل بالصوم إلّا من طرق العامّة. نعم روى معاوية بن عمّار[1] عن أبي عبدالله عليه السلام في المحصر إن لم يجد هدياً، قال: يصوم. وفي كتاب المشيخة[2] لابن محبوب روى صالح بن عامر بن عبدالله بن خزاعة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل خرج معتمراً واعتلّ في بعض الطريق وهو محرم، قال: ينحر بدنة ويحلق رأسه ويرجع إلى رحله، فلا يقرب النساء، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً[3]. وقد استقرب بعضهم[4] في باب الحجّ أن ليس لدم الإحصار بدل. والمصنّف في الكتاب[5] استشكل.

[حكم يمين السفيه]

قوله: ﴿وينعقد يمينه، فإن حنث كفّر بالصوم﴾ كما في «المبسوط[6] والتذكرة[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] والمسالك[10] ومجمع البرهان[11]» وكذا «الشرائع[12]» على تردّد له فيه من أنّه ممنوع من التصرّف المالي فيكفّر بالصوم كالعبد والفقير ومن أنّ الكفّارة تصير حينئذٍ واجبة عليه، وهو مالك للمال، فيخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكاة والخمس ومؤنة الحجّ الواجب والكفّارة الّتي سبق

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الإحصار والصدّ ح ١ ج ٩ ص ٣١٠.
(٢) لم نعثر عليه في المصادر الروائية، لكن نقله الحلّي في الجامع للشرائع: ص ٢٢٢.
(٣) الحاشية النجّارية: الحجر ص ٧٤ س ٦ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(٤) كما في جامع المقاصد: في الحجّ ج ٣ ص ٢٨٦.
(٥) قواعد الأحكام: في الحجّ ج ١ ص ٤٥٦.
(٦) المبسوط: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٢٨٧.
(٧) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٣٩.
(٨) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٤٠.
(٩) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٧.
(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٤.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام السفيه ج ٩ ص ٢٣٨.
(١٢) شرائع الإسلام: في أحكام الحجر ج ٢ ص ١٠٣.

وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والأرش. والولاية في ماله للحاكم خاصّة.

وجوبها الحجر. وفيه أنّ هذه تثبت عليه بغير اختياره، فلا تصرّف له في المال، وإنّما هو حكم الله عزّوجلّ، وما نحن فيه سببه مستند إلى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين، فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له إلى إذهابه. وقد ذكر الحكم في «المبسوط والتذكرة» من دون نقل تردّد ولا خلاف.

وكيف كان، فوجوب الكفّارة ممّا لا خلاف فيه. وفي «المسالك[1]» أنّه قطعي، وإنّما التأمّل في أنّه يكفّر بالصوم أو المال؟ هذا ويحتمل مع إذن الوليّ في اليمين مع المصلحة صرف المال فيها. ومثل اليمين النذر والعهد، ويكفّر بالصوم لو عاد في ظهاره أو لزمته كفّارة قتل الخطأ أو الإفطار في شهر رمضان وشبهه.

[حكم عفو السفيه عن القصاص والدية]

قوله: ﴿وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والأرش﴾ صرّح في «المبسوط[2]» وغيره[3] أنّ له العفو على مال، لأنّه تحصيل للمال وليس تضييعاً له، لكنّه لا يسلّم إليه المال. وفي «التذكرة[4] والمسالك[5]» إن عفا على غير مال صحّ عندنا، لأنّ الواجب في العمد القصاص، ومَن قال: الواجب أحد الأمرين لم يصحّ عفوه عنده على المال. وأمّا أنّه ليس له العفو عن الدية والأرش فواضح. وتمام الكلام في باب القصاص[6].

قوله: ﴿والولاية في ماله للحاكم خاصّة﴾ قد تقدّم[7] الكلام بما لا مزيد عليه.

(١ و ٥) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٦٤ و ١٦٥.

(٢) المبسوط: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٢٨٧. (٣) كالدروس الشرعية: في الإقرار ج ٣ ص ١٢٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٣٨.

(٦) يأتي في التعليقات على القصاص ج ١٠ ص ٢٠٣ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٧) تقدّم في ص ٨٤ ـ ٨٦.

ولو فكّ حجره ثمّ عاد التبذير أُعيد الحجر، وهكذا.

الفصل الثالث: في المملوك

المملوك ممنوع من التصرّف في نفسه وما في يده ببيعٍ وإجارةٍ واستدانةٍ وغير ذلك من جميع العقود إلّا بإذن مولاه،

قوله: ﴿ولو فكّ حجره ثمّ عاد التبذير أُعيد الحجر، وهكذا﴾ لأنّ الحجر كان لعلّة، فإذا عادت عاد الحكم، وإذا زالت زال قضاء للعلّة، وبذلك صرّح في «المبسوط[1]» وغيره[2].

﴿الفصل الثالث: في المملوك﴾

[في أنّ المملوك ممنوع من التصرّف]

قوله: ﴿المملوك ممنوع من التصرّف في نفسه وما في يده ببيع وإجارةٍ واستدانةٍ وغير ذلك من جميع العقود إلّا بإذن مولاه﴾ قد تقدّم الكلام في ذلك في المطلب الثاني من مطلبي الفصل الأوّل في الحيوان[3]. ولا فرق في المنع من تصرّفه بدون إذنه بين أن نقول بملكه وعدمه، لأنّه على ذلك التقدير محجور عليه. والمراد بالمملوك ما يشمل المملوكة لعموم الأدلّة. وجعله إجارة نفسه تصرّفاً فيها واضح، وأمّا الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل الشيء في ذمّته فوجه إلحاقه بالتصرّف في نفسه أنّه يجعل نفسه مديوناً، ففيه مناسبة للتصرّف فيها بوجه.

---

(١) المبسوط: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٢٨٦.

(٢) كتحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٤٠.

(٣) تقدّم الكلام في تصرّفات المملوك في ج ١٣ ص ٣٥٠ ـ ٤٠٣ مفصّلاً، فراجع.

عدا الطلاق فإنّ له إيقاعه وإن كرهَ المولى، والأقرب أنّه لا يملك شيئاً، سواء كان فاضل الضريبة أو أرش الجناية على رأي أو غيرهما، وسواء ملّكه مولاه على رأي أم لا. ولا تصحّ له الاستدانة، فإن استدان بدون إذن مولاه استُعيد،

قوله: ﴿عدا الطلاق فإنّ له إيقاعه وإن كره المولى﴾ هذا هو الأشهر إذا كانت الزوجة غير أمة المولى، وقد خالف جماعة[1] فنفوا خياره فيه أيضاً لمكان صحاح[2] كثيرة. واستثنى في «التذكرة[3]» أيضاً الضمان، لأنّه تصرّف في الذمّة لا بالعين، وردّ[4] بعموم الآية[5] مع عدم وضوح شاهد على التخصيص.

قوله: ﴿والأقرب أنّه لا يملك شيئاً، سواء كان فاضل الضريبة أو أرش الجناية على رأي أو غيرهما، وسواء ملّكه مولاه على رأي أم لا﴾ قد تقدّم منّا في المطلب المشار إليه آنفاً نقل الشهرات والإجماعات والفتاوى على أنّه لا يملك مطلقاً، واستدللنا عليه بعد ذلك بالأصل والآيات الكريمة والسنّة، وبيّنّا الحال في المواضع الّتي يظهر منهم أنّه يملك، وأسبغنا الكلام في ذلك كلّه.

[في ممنوعية استدانة العبد المملوك]

قوله: ﴿ولا تصحّ له الاستدانة، فإن استدان بدون إذن مولاه

---

(١) منهم العلّامة وابن أبي عقيل وابن الجنيد ـ على ما نقل عنهما ـ في المختلف: ج ٧ ص ٣٧٨، والبحراني في الحدائق الناضرة: ج ٢٤ ص ٢٩٤، ومال إليه الشهيد الثاني في المسالك: ج ٨ ص ٦٤ ـ ٦٦.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ١٤ ص ٥٥١، وب ٦٦ منها ح ١ و ٢ ص ٥٧٦، وب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ١ ج ١٥ ص ٣٤٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٥٧.

(٤) كما في الرياض: في الحجر ج ٨ ص ٥٦٥.

(٥) النحل: ٧٥.

فإن تلف فهو في ذمّته إن أُعتق أدّاه وإلّا ضاع، سواء كان المـدين جاهلاً بعبوديّته أم لا.

استُعيد﴾ إذا اقترض العبد أو اشترى في ذمّته بغير إذن سيّده لا يصحّ قرضه ولا شراؤه، لاستحالة أن يثبت الملك له، فإنّه ليس أهلاً للتملّك، ولا يثبت للمولى، لأنّه إن ملك بغير عوض فهو تجارة عن غير تراضٍ، إذ المالك إنّما دفع العين ليسلّم إليه العوض، فإذا لم يكن هناك عوض يكون تسلّطاً على ملك الغير بغير إذنه، وإن ملك السيّد بعوض فإمّا في ذمّته فهو باطل لأنّ السيّد ما رضي به، أو في ذمّة العبد فهو أيضاً باطل لامتناع حصول الشيء لمن ليس عليه عوض بل على غيره، فالبائع والمقرض يرجعان بالعين إن كانت موجودة، سواء كانت في يد العبد أو يد السيّد، لبقاء ملك البائع والمقرض فيهما.

قوله: ﴿فإن تلف فهو في ذمّته إن أُعتق أدّاه وإلّا ضاع، سواء كان المدين جاهلاً بعبوديّته أم لا﴾ قال الشيخ في «النهاية[1]»: إذا لم يكن مأذوناً في التجارة فكلّ ما يقع عليه من الدّين لم يلزم مولاه من ذلك شيء، ولا يستسعى أيضاً فيه، بل كان ضايعاً. وقد حكى هذه العبارة في «السرائر» ما عدا قوله «بل كان ضايعاً» ونفى عنها الخلاف وقال: بل يتبع به بعد العتق، ثمّ قال: وقال شيخنا في «نهايته»: بل كان ضايعاً، يريد به ما دام مملوكاً[2]. ونحو ما في السرائر ما في «الغنية[3] والكافي[4]».

وقال في «التذكرة»: إذا استدان شيئاً لم يلزم مولاه منه شيء بل يتبعه المدين بعد العتق، فإذا اعتق رجع عليه بماله عليه إن كان ذا مال، وإن مات عبداً سقط

---

(١) النهاية: في المملوك يقع عليه الدّين ص ٣١١.
(٢) السرائر: في المملوك يقع عليه الدّين ما حكمه ج ٢ ص ٥٧.
(٣) غنية النزوع: في القرض ص ٢٤٠.
(٤) الكافي في الفقه: في القرض والدّين ص ٣٣٢.

الدَين بلا خلاف[١]. ولا فرق بين أن يكون صاحب المال عالماً بعبوديّته أو جاهلاً.

وقد طفحت عباراتهم كعبارة «الشرائع[٢] والنافع[٣]» وغيرهما[٤] بأنّه إذا استدان من دون إذن مولاه فتلف كان لازماً لذمّته يتبع به دون المولى. ومرادهم أنّه يتبع به إذا أعتق كما صرّح به في «النافع[٥]» وغيره[٦]. نعم قال ابن حمزة[٧]: يكون ضايعاً إلّا إذا أبقى المال في يده أو كان قد دفعه إلى سيّده.

وحجّتهم على ذلك بعد الإجماع أصالة البراءة وأنّه فِعلٌ غير مأذون فيه.

وامّا صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه‌السلام قال: قلت له: رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دَين؟ قال: إن كان أذن له السيّد أن يستدين فالدَين على مولاه، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدَين[٨] وموثّقة وهب بن حفص سأل أبا جعفر عليه‌السلام عن مملوك يشتري ويبيع قد علم بذلك مولاه حتّى صار عليه مثل ثمنه، قال: يستسعى فيما عليه[٩] فقد استدلّ بهما في «الرياض[١٠]» على ما نحن فيه، وليسا ممّا نحن فيه، وإنّما محلّهما كما فهم منهما الأصحاب[١١] فيما أذن له في التجارة دون الاستدانة[١٢] وحصل عليه ديون، وجعلوا هذه مسألة اُخرى

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٥٢.

(٢) شرائع الإسلام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٧٠. (٣ و٥) المختصر النافع: في السلف ص ١٣٥.

(٤) كالعلّامة في إرشاد الأذهان: في الدَين ج ١ ص ٣٩١.

(٦) كالطباطبائي في رياض المسائل: في السلف ج ٨ ص ٤٦٥.

(٧) الوسيلة: في بيان الدَين ص ٢٧٤.

(٨ و٩) وسائل الشيعة: ب ٣١ من أبواب الدَين والقرض ح ١ و٦ ج ١٣ ص ١١٨ و١٢٠.

(١٠) رياض المسائل: في السلف ج ٨ ص ٤٦٤.

(١١) منهم العلّامة في مختلف الشيعة: في الدَين ج ٥ ص ٣٨٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٥، والبحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام دَين العبد ج ٢٠ ص ٢١٧.

(١٢) الخبر الأوّل يدلّ بظاهره على أنّ فرض استدانة المملوك إنّما هو إذا لم تكن بإذن مولاه، وأمّا الخبر الثاني فظاهره فرض إذن المولى ضمناً لعلمه ببيعه وشرائه بالقرض والنسية فصار المال على ذمّته، فتدبّر.

كما ستسمع[1] إن شاء الله تعالى، على أنّهم في هذه أيضاً لم يعوّلوا عليهما ـ أي الخبرين ـ إذ ظاهرهما أنّه يستسعى في حال الرقّ فيرجع إلى ضمان المولى.

وجعل بعضهم كالمصنّف في «المختلف[2]» الوجه في ذلك أنّ المولى غارّ بالإذن في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي.

وقال بعضهم[3]: إن علم المولى باستدانته مع عدم منعه يرجع إلى الإذن بالفحوى كما هو ظاهر الموثّقة. وأمّا الصحيحة فتقيّد بذلك جمعاً بين الأدلّة. ويفرّق حينئذٍ بين الإذن الصريح والإذن بالفحوى بأنّ الأوّل يقضي بالضمان على السيّد مطلقاً حتّى مع عجز المملوك عن السعي، والثاني يقضي باختصاص الضمان عليه في صورة قدرة العبد على السعي، وأمّا مع العجز فلا ضمان عليه، لقوله عليه‌السلام في صحيحة أبي بصير الاُخرى[4] «ليس على مولاه شيء وليس لهم أن يبيعوه، ولكن يستسعى، وإن عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء».

وبعضهم[5] حملهما على ما إذا رضي السيّد وإلّا فيتبع به بعد العتق لقول الصادق عليه‌السلام في خبر روح بن عبد الرحيم في رجل مملوك اتّجره مولاه فاستهلك مالاً كثيراً؟، قال: «ليس على مولاه شيء ولكنّه على العبد، وليس لهم أن يبيعوه ولكن يستسعى، وإن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد[6]. وهي كصحيحة أبي بصير الثانية لكن في هذه «حجر عليه» وفي تلك «عجز عنه» لكنّ هذه الرواية قاصرة مصحّفة المتن.

وبعضهم[7] حمل الاستسعاء على ما بعد العتق ولكنّه يلزم منه استسعاء الحرّ

---

(١) يأتي في الصفحة الآتية.

(٢) مختلف الشيعة: في الدّين ج ٥ ص ٣٨٩.

(٣ و ٥ و ٧) هو الطباطبائي في رياض المسائل: في السلف ج ٨ ص ٤٦٤ و ٤٦٥.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الإجارة ح ٣ ج ١٣ ص ٢٥٢.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣١ من أبواب الدّين والقرض ح ٤ ج ١٣ ص ١١٩.

ولو أذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى إن استبقاه أو باعه، ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى.

فيما عليه، ولا يقولون به إلّا أن يقال: إنّ ذلك إذا كان الدّين حال الحرّية، لكنّ ذلك فرع ظهور كون الاستسعاء بعد العتق من الأخبار.

وكيف كان فهذه الأخبار قد أعرض عنها الأصحاب في خصوص الاستسعاء إلّا الشيخ في «النهاية» وابن حمزة على تفصيلٍ له عليل ستسمعه إن شاءالله تعالى، وهذه التأويلات كما قد عرفت حالها لا يعوّل عليها في إثبات الأحكام الشرعية.

قوله: ﴿ولو أذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى إن استبقاه أو باعه، ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى﴾ إذا أذن المولى لعبده في الاستدانة فاستدان لسيّده فالدّين يلزم سيّده قطعاً كما في «المختلف[1] والمقتصر[2]» وقولاً واحداً كما في «إيضاح النافع والمسالك[3] والروضة[4]» وبلا خلاف كما في «غاية المراد[5] ومجمع البرهان[6]» وبلا شكّ كما في «المهذّب البارع[7]».

وأمّا إذا استدان حينئذٍ لنفقته الواجبة على السيّد فكذلك، أي يلزم سيّده إجماعاً كما في «إيضاح النافع» وبلا خلاف كما في «غاية المراد[8]» وقطعاً كما في «المقتصر[9]» وبلا شكّ كما في «المهذّب البارع[10]».

وإذا استدان لما سوى هذين من مصالح العبد، فإن استدان لذلك واستبقاه

---

(١) مختلف الشيعة: في الدّين ج ٥ ص ٣٨٨.

(٢ و٩) المقتصر: في السلف ص ١٨٨.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٥.

(٤) الروضة البهية: في الدّين ج ٤ ص ٤٥.

(٥ و٨) غاية المراد: في الدين وتوابعه ج ٢ ص ١٨٠.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الدّين ج ٩ ص ١٠٤.

(٧ و١٠) المهذّب البارع: في السلف ج ٢ ص ٤٧٩.

سيّده أو باعه فالدّين لازم للمولى بلا خلاف كما في «إيضاح النافع» وقولاً واحداً كما في «المهذّب البارع[1]» وبالحكم المذكور نطقت كلماتهم وطفحت به عباراتهم. وأمّا لو أعتقه وهو محلّ النزاع فالمشهور كما في «التذكرة[2]» إلزام المولى أيضاً، والأشهر فتوىً كما في «إيضاح النافع» والأشهر روايةً كما في «الشرائع[3] والنافع[4]» وهو المنقول كما في «حواشي الشهيد[5]» وهو خيرة الشيخ في «الاستبصار[6]» وابن حمزة[7] وابن إدريس[8] والمصنّف في «الإرشاد[9]» وولده[10] والشهيدين في «اللمعتين[11] والمسالك[12]» وأبي العباس في «المقتصر[13]» والمحقّق الثاني[14] والمقدّس الأردبيلي[15] والمحدث الخراساني[16]. وقد سمعت ما في «الشرائع والنافع» من أنّه أشهر الروايتين. وتردّد في «التحرير[17]» واستشكل في «التنقيح[18]» ولم يرجّح في «غاية المراد[19]» والمخالف

---

(١) المهذّب البارع: في السلف ج ٢ ص ٤٧٩.
(٢) تذكرة الفقهاء: في المأذون له في الاستدانة ج ١٣ ص ٦١.
(٣) شرائع الإسلام: في السلف ج ٢ ص ٧٠.
(٤) المختصر النافع: في السلف ص ١٣٥.
(٥) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.
(٦) الاستبصار: في المملوك يقع عليه الدّين ج ٣ ص ١١، وفي الرجل يعتق عبده أله ... ج ٤ ص ٢٠.
(٧) الوسيلة: في بيان الدّين ص ٢٧٤.
(٨) السرائر: في المملوك يقع عليه الدّين ما حكمه ج ٢ ص ٥٨.
(٩) إرشاد الأذهان: في الدّين وتوابعه ج ١ ص ٣٩١.
(١٠) شرح الإرشاد (للنيلي): في الديون وتوابعه ص ٥٤ س ٤ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
(١١) اللمعة الدمشقية: في الدّين ص ١٣٦، والروضة البهية: في الدّين ج ٤ ص ٤٥.
(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٤. (١٣) المقتصر: في السلف ص ١٨٨.
(١٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠٤.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الدّين ج ٩ ص ١٠٥ ـ ١٠٧.
(١٦) كفاية الأحكام: في الدّين ج ١ ص ٥٣٦.
(١٧) تحرير الأحكام: في الدّين ج ٢ ص ٤٥٩.
(١٨) التنقيح الرائع: في السلف ج ٢ ص ١٥١.
(١٩) غاية المراد: في أحكام الدّين ج ٢ ص ١٧٩.

الشيخ في «النهاية [١]» والتقي والقاضي على ما حكي [٢] عنهما وابن زهرة في «الغنية [٣]» والمصنّف في «التذكرة [٤]» فقالوا: يتبع به العبد. وقد نفى عنه البعد في «المختلف [٥]».

حجّة المشهور الأصل بمعنى الاستصحاب ـ أعني استصحاب الحكم بالضمان على المولى الثابت في حال عدم العتق ـ وصحيحة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دَين، قال: إذا كان أذن له أن يستدين فالدَّين على مولاه، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدَّين [٦]. وجه الدلالة أنّ ترك الاستفصال يشمل صورة العتق والبيع والاستبقاء.

وقد اعتضد هذا الخبر مع صحّته بالأصل والشهرة في العمل في خصوص المسألة والشهرة في الرواية، لأن كان قد رواه الشيخان في «الكافي [٧] والتهذيب [٨]».

ولا حاجة إلى حمله على صورتي البيع والاستبقاء جمعاً بينه وبين الأخبار الاُخر، لأنّها ـ مع مخالفتها للقواعد وإمكان حملها على صورة عدم الإذن في الاستدانة ـ لا تكافؤه بحسب السند والاعتضاد. فمنها خبر ظريف* بن ناصح الأكفاني قال: كان أذن لغلام له في الشراء والبيع وأفلس ولزمه دَين، فاُخذ بذلك الدَّين الّذي عليه

---

* ـ الموجود في نسخةٍ «طريف» بالطاء المهملة هنا وفي جميع ما يأتي. (محسن).

---

(١) النهاية: في المملوك يقع عليه الدَّين ص ٣١١.
(٢) نقله عنهما العلّامة في مختلف الشيعة: في الدَّين ج ٥ ص ٣٨٦.
(٣) غنية النزوع: في القرض ص ٢٤٠ ـ ٢٤١.
(٤) تذكرة الفقهاء: في المأذون له في الاستدانة ج ١٣ ص ٦١.
(٥) مختلف الشيعة: في الدَّين ج ٥ ص ٣٨٨.
(٦) وسائل الشيعة: ب ٣١ من أبواب الدَّين والقرض ح ١ ج ١٣ ص ١١٨.
(٧) الكافي: في المملوك يتّجر فيقع عليه الدَّين ح ٣ ج ٥ ص ٣٠٣.
(٨) تهذيب الأحكام: ب ٨١ في الدَّين وأحكامه ح ٧٠ ج ٦ ص ٢٠٠.

وليس يساوي ثمنه، فسأل أبا عبدالله عليه السلام فقال: إن بعته لزمك الدّين وإن أعتقته لم يلزمك الدّين، فعتقه ولم يلزمه شيء[١]. وقد روى مثله الشيخ[٢] بسندٍ آخر عن ظريف بأدنى تفاوت. وهما وإن اختصّا بصورة البيع إلّا أنّ ثبوت الحكم فيها يستلزم ثبوته بصورة الاستبقاء بالأولوية، فتأمّل.

وأنت خبير بأنّهما يحملان عند المشهور على ما إذا كانت الاستدانة بغير إذن المولى، فإنّ الإذن في التجارة فيهما ـ أي الخبرين ـ لا يستلزم الإذن في الاستدانة، ثمّ إنّ ما تضمّناه من لزوم الدّين على العبد مع الإذن مخالف للقواعد الشرعية، فإنّ العبد المأذون وكيل أو بمنزلة الوكيل على اختلاف الرأيين، وإنفاقه على نفسه وتجارته بإذن المولى إنفاق لمال المولى كما لو لم يعتق.

فإن قلت: إنّ قضية ما ذكرت من حمل الخبرين على عدم الإذن أن لا يلزم الدّين المولى فيما إذا باع، قلت: لعلّ الوجه في تضمين المولى للدّين في صورة البيع هو حيلولته بين أصحاب الدّين وبين العبد بالبيع لا من حيث إنّ المال لازم من جهة الإذن في التجارة وإن كان لم يأذن في الاستدانة.

ثمّ إنّه في «السرائر[٣]» قال: إنّ ظريفاً الأكفاني مجهول خامل الذكر، وعندنا أنّه ظريف بن ناصح الثقة بنصّ «النجاشي[٤] وخلاصة الأقوال[٥]».

وأمّا قول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر شريح في عبد بيع وعليه دَين قال: «دَينه على مَن أذن له في التجارة وأكل ثمنه»[٦] فإنّه قابل للحمل على صورة الإذن في التجارة والاستدانة ولا منافاة وعلى صورة عدم الإذن في الاستدانة.

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٣١ من أبواب الدّين والقرض ح ٣ ج ١٣ ص ١١٨.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨١ في الدّين وأحكامه ح ٥٦ ج ٦ ص ١٩٦.
(٣) السرائر: في المملوك يقع عليه الدّين ما حكمه ج ٢ ص ٥٨.
(٤) رجال النجاشي: ص ٢٠٩ رقم ٥٥٣.
(٥) رجال العلّامة: ص ٩١ الفصل السابع عشر.
(٦) تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ح ١٣٠ ج ٨ ص ٢٤٨.

وأمّاموثّقة وهب‌بن‌حفص[1] وخبر روح‌بن‌عبدالعظيم[2] الدالّان على عدم ثبوت الدّين على المولى فمحمولان أيضاً على الاستدانة بغير إذن المولى.

وممّا ذُكر يُعرف الحال فيما استدلّ[3] به للشيخ في «النهاية» ومَن وافقه، وهو الخبر الّذي رواه في «التهذيب[4]» في باب العتق بطريقٍ فيه ضعف وجهالة، قال: حدّثني عجلان عن أبي عبدالله عليه‌السلام عن رجلٍ أعتق عبداً له وعليه دَين، قال: دَينه عليه لم يزده في العتق إلّا خيراً. فإنه يُحمل على ضعفه على ما إذا لم يقع الدَين بإذن المولى، على أنّ صحيح النظر يقضي بأنّ الضمير المجرور بـ«على» راجع إلى المولى بقرينة قوله عليه‌السلام «لم يزده العتق إلّا خيراً» إذ معناه على الظاهر أنّ العتق لا يقضي بأنّ الدين على العبد وإلّا لم يكن زاده خيراً.

وعساك تقول: إنّ خبر أبي‌بصير الّذي جعلته أصلاً في المقام ونزّلت عليه أخبار الباب قد اشتمل عجزه على ما لا تقولون به. قلت: اشتماله على ذلك لا يخرجه عن الحجّية وإلّا لوجب العمل بجميع روايات الراوي الواحد كما قرّر في محلّه، ونحن إنّما عملنا به في موضع لم يعرض الأصحاب عنه، على أنّك قد سمعت آنفاً ما ذكرناه في تأويله، على أنّه مؤيّد بموثّقة زرارة، وستسمعها[5].

فقد اتّضح الحال في المسألة وأخبار الباب، ولم يبق في هذه إشكال، ولا في تلك في خصوص المسألة اضطراب، ولا تصغ إلى ما في «المختلف» وغيره.

وعد إلى عبارة الكتاب فإنّه قد قال المحقّق الثاني: إنّ نظمها غير حسن، لأنّ ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه في لزوم الدّين المولى يقتضي النفي عمّا عداهما مع

---

(١) تقدّم في ص ١٦٠.

(٢) تقدّم في ص ١٦١ بعنوان «روح بن عبدالرحيم» والظاهر أنّ روح بن عبدالعظيم غلط فإنّا لم نجده بهذا الضبط في شيء من كتب الرجال، فالصحيح أنّه روح بن عبدالرحيم شريك معلىّ بن خنيس وابن أُخته، فراجع.

(٣) كما في مختلف الشيعة: في الدّين ج ٥ ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ح ١٢٨ ج ٨ ص ٢٤٨.

(٥) ستأتي في الصفحة الآتية.

ويتشارك غرماؤه وغرماء المولى في التركة القاصرة على النسبة.

أنّ مختاره مع العتق اللزوم، فلو قال: وكذا لو أعتقه على الأقوى لكان أحسن [١].

[في شركة غريم المملوك وغريم المولى في تركته]

قوله: ﴿ويتشارك غرماؤه وغرماء المولى في التركة القاصرة على النسبة﴾ يريد أنّه لو استدان بإذن المولى ثمّ مات المولى وعليه ديون قسّمت تركته على دَين المولى ودَين العبد على النسبة، لأنّهما معاً مستحقّان في ذمّة المولى ولا يقدّم أحدهم على الآخر كما صرّح بذلك في «النهاية [٢] والسرائر [٣]» وغيرها [٤] على أنّي لم أجد فيه خلافاً. وفي «مجمع البرهان [٥]» أنّه ظاهر. قلت: وبه صرّح الشيخ في «النهاية» ومَن تأخّر عنه ممّن تعرّض له.

وقد استدلّ عليه في «التذكرة [٦]» وغيرها [٧] بموثّقة زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجلٍ مات وترك عليه دَيناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دَين استدانه العبد في حياة سيّده وفي تجارته وأنّ الورثة وغرماء الميّت اختصموا في ما في يد العبد من المال والمتاع ورقبة العبد، فقال: أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المال والمتاع إلّا أن يضمنوا دَين الغرماء جميعاً، فيكون العبد وما في يديه للورثة، فإن أبوا كان العبد وما في يديه للغرماء، يقوّم العبد وما في يديه من المال ثمّ يقسّم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمة العبد وما في يديه من أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي إن كان الميّت ترك شيئاً،

(١ و ٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠٤. (٢) النهاية: في المملوك يقع عليه الدَّين ص ٣١١.

(٣) السرائر: في المملوك يقع عليه الدَّين ما حكمه ج ٢ ص ٥٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الدَّين ج ٩ ص ١٠٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: في المأذون له في الاستدانة ج ١٣ ص ٦١.

(٧) كرياض المسائل: في السلف ج ٨ ص ٤٦٨.

ولو أذن له في التجارة لم يجز له التعدّي فيما حدّه،

وإن فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دَين الغرماء ردّ على الورثة [1].

وأمّا ما رواه الشيخ في باب العتق عن ابن محبوب عن عليّ بن محمّد بن يحيى عن الحسن بن عليّ عن أبي إسحاق عن فيض عن أشعث عن الحسن عليه السلام في بعض النسخ وعن أبي الحسن عليه السلام في بعضٍ آخر في الرجل يموت وعليه دَين، وقد أذن لعبده في التجارة، وعلى العبد دَين قال: يبدأ بدَين السيّد [2] فهو قاصر السند بالضعف وكثرة المجاهيل. ويمكن تأويله بالبعيد بأن يراد بـ«دَين» السيّد ما يعمّ دَين العبد، والتقديم إضافي بالنسبة إلى الإرث والوصايا، أو يُحمل على ما إذا أذن له في التجارة دون الاستدانة ويخصّ دَين السيّد حينئذٍ بدَين نفسه دون دَين العبد، ويجعل الأمر بأداء دَين العبد المفهوم من الأمر بالابتداء بدَين السيّد للاستحباب، فلا منافاة كما أشار إلى ذلك الشيخ في «الاستبصار [3]» وكان الاستحباب غير متّجه، لأنّه مبنيّ على رضا الورثة ووفاء التركة.

[في منع تعدّي المملوك في التجارة عمّا عيّن له مولاه]

قوله: ﴿ولو أذن له في التجارة لم يجز له التعدّي فيما حدّه﴾ كما في «الشرائع [4]» وغيرها [5]. ولا فرق في عدم جواز التعدّي بين أن يكون في جنس ما يشتريه ويبيعه أو في القدر أو في السفر إلى موضع، وإن عمّ له جاز ولا يختصّ الإذن بشيءٍ دون شيء، ويستفيد المأذون له في التجارة بالإذن كلّ ما يندرج تحت

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٣١ في أبواب الدَين والقرض ح ٥ ج ١٣ ص ١١٩.

(٢) في التهذيب المطبوع الّذي بأيدينا «عن الحسن عليه السلام» وأمّا النسخة الأُخرى فلا توجد لدينا، راجع تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ح ١٢٩ ج ٨ ص ٢٤٨.

(٣) الاستبصار: ب ١١ في الرجل يعتق عبداً له وعلى العبد دَين ذيل ح ٣ ج ٣ ص ٢١.

(٤) شرائع الإسلام: في السلف ج ٢ ص ٧٠.

(٥) كتحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٦٠.

ويتصرف الإذن في الابتياع إلى النقد،

اسم التجارة أو كان من لوازمها وتوابعها حتّى الردّ بالعيب والمخاصمة.

[في تعيّن الابتياع بالنقد إذا أذن له مولاه]

قوله: ﴿ويتصرف الإذن في الابتياع إلى النقد﴾ كما في «الشرائع[1] والتحرير[2] والإرشاد[3]» وغيرها[4] وقد أطلقها الأصحاب[5] وغيرهم[6] في الباب وباب القراض وباب الوكالة، والظاهر الإجماع على ذلك. ولولاه أمكن جعل جواز النسيئة وجهاً، وإنّما اختصّ بالنقد للقرائن الخارجية وهي الإضرار بالمولى في النسيئة بثبوت شيءٍ في ذمّته بخلاف النقد، لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال أو لا غرض له، وهي الّتي عيّنته من بين أفراد الكلّي.

وهذا هو حاصل ما أجاب به المصنّف رحمه الله[7] لمّا اعترض عليه العلّامة المحقّق قطب الدين الرازي حين قرأ عليه هذه المسألة بأنّ البيع أمرٌ كلّي والنسيئة جزئي فلِمَ لا تدخل؟ فأجاب أوّلاً بأنّ البيع أعمّ فلا يدلّ على النسيئة بإحدى الدلالات. فأورد عليه القطب أنّه لا يلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام، لجواز كون اللزوم غير بيّن ثمّ عارضه بالنقد، فعدل الفاضل إلى الجواب المذكور من أنّ في النسيئة إضرار بالمولى بثبوت شيءٍ في ذمّته بخلاف النقد.

---

(١) شرائع الإسلام: في السلف ج ٢ ص ٧٠. (٢) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٦٠.
(٣) إرشاد الأذهان: في الدَين وتوابعه ج ١ ص ٣٩١.
(٤) كمسالك الأفهام: في السلف ج ٣ ص ٤٦٦.
(٥) منهم الشهيد الأوّل في اللمعة: في الوكالة ص ١٦٦، وفي الدروس: في الدَين ج ٣ ص ٣١٥، والحلّي في السرائر: في القراض ج ٢ ص ٤٠٧، والطباطبائي في الرياض: في البيع ج ٨ ص ١٤٩.
(٦) منهم ابن قدامة في المغني: في الوكالة ج ٥ ص ٢٥٤، والنووي في المجموع: في الوكالة ج ١٤ ص ١٢٩، وفي التجارة ص ٣٩٧، وانظر الفتح العزيز بهامش المجموع: في حكم القراض ج ١٢ ص ٣٢.
(٧) نقله في المسالك: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٦.

وله النسيئة إن أذن فيها، ويثبت الثمن في ذمّة المولى. ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه. وليس له الاستدانة إلّا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى،

وكأنّه في «جامع المقاصد[١]» فهم من الابتياع البيع لأنّه استدلّ على انصرافه إلى النقد بأنّه الغالب وبأنّ النسيئة غير مرغوبة غالباً وبأنّها معرّضة للتلف والضياع.

[في ثبوت الثمن في ذمّة المولى]

قوله: ﴿وله النسيئة إن أذن فيها، ويثبت الثمن في ذمّة المولى﴾ من المعلوم أنّه إذا أذن له في النسيئة كان الثمن في ذمّة المولى. وبه صرّح في «الشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤]» وغيرها[٥]. ولو لم يكن السيّد أذن في النسيئة واشترى كان فضوليّاً يتوقّف على إجازة المولى.

قوله: ﴿ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه﴾ كما في «الشرائع[٦] والتحرير[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩]» لأنّ تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيّد، وليس المراد به الثمن المعيّن لأنّ تلفه يبطل البيع، فلا يلزم المولى عوضه على ما هو الظاهر منهم[١٠] في باب البيع.

قوله: ﴿وليس لـه الاستدانة إلّا مـع ضرورة التجارة المأذون فيها

(١ و٨) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٤ و٢٠٥.
(٢ و٦) شرائع الإسلام: في أحكام القرض ج ٢ ص ٧٠.
(٣ و٧) تحرير الأحكام: في الديون ج ٢ ص ٤٦٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في الديون وتوابعه ج ١ ص ٣٩١.
(٥ و٩) راجع مسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٦.
(١٠) كما في شرائع الإسلام: في التسليم ج ٢ ص ٣٢، وقواعد الأحكام: في التسليم ج ٢ ص ٨٧، وجامع المقاصد: في التسليم ج ٤ ص ٤٠٢، ومسالك الأفهام: في التسليم ج ٣ ص ٢٥٧.

وغيره يتبع به بعد العتق، وإلّا ضاع، ولا يستسعى على رأي،

له فيلزم المولى﴾ لأنّ الإذن في التجارة يستلزم الإذن في جميع ضروريّاتها، لأنّه في معنى الإذن فحوى كما لو ماتت الدابّة الحاملة للمتاع ولم يمكن غيرها إلّا بالاستدانة وكأُجرة الحافظ ونحوها.

قوله: ﴿وغيره يتبع به بعد العتق﴾ أي غير المستدان لضروريّات التجارة يتبع به بعد العتق إن عتق. ويندرج فيه أمران: ما استدانه لا لضرورة التجارة المأذون فيها وما استدانه لغير المأذون فيها مطلقاً، والظاهر الإجماع على أنّه لا يلزم ذمّة المولى.

قوله: ﴿وإلّا ضاع﴾ هذا معطوف على محذوف يدلّ عليه قوله «بعد العتق» أي إن أعتق، وإن لم يعتق ضاع ذلك في الدنيا.

[في وجوب سعي المملوك في أداء دَينه]

قوله: ﴿ولا يستسعى على رأي﴾ موافق «للمبسوط والخلاف والكافي» فيما حكي[1] و«السرائر[2] والشرائع[3] والنافع[4] والتحرير[5] والتذكرة[6] والإيضاح[7] والحواشي[8] واللمعة[9] وشرح الإرشاد» للفخر[10] وظاهر «الإرشاد[11]» وغيره[12].

---

(١) نقله عنهم فخر المحقّقين في الإيضاح: في الدَين ج ٢ ص ٥٨، والسيوري في التنقيح: ج ٢ ص ١٥٣.

(٢) السرائر: في المملوك يقع عليه الدَين ما حكمه ج ٢ ص ٥٨.

(٣) شرائع الإسلام: في السلف ج ٢ ص ٧٠.

(٤) المختصر النافع: في السلف ص ١٣٥.

(٥) تحرير الأحكام: في الديون ج ٢ ص ٤٥٩ ـ ٤٦٠.

(٦) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٧٥.

(٧) إيضاح الفوائد: في حجر المملوك ج ٢ ص ٥٧ ـ ٥٨.

(٨) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٩) اللمعة الدمشقية: في الدَين ص ١٣٦.

(١٠) شرح الإرشاد (للنيلي): في الديون ص ٥٤ س ٥ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(١١) إرشاد الأذهان: في الديون وتوابعه ج ١ ص ٣٩١.

(١٢) كمسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٨.

وحكي [1] عن «الخلاف» الإجماع عليه. وهو الموافق للأصل. ويجاب عن الصحيحة [2] بالوجوه الثلاثة المذكورة فيما سلف، وهي حملها على ما إذا علم المولى باستدانته فيجري علمه مجرى الإذن فحوىً، أو على أنّ الاستسعاء برضا المولى، أو على أنّه بعد العتق. وقال الشيخ في «النهاية»: يستسعى فيه ولا يلزم مولاه شيء [3] للصحيحة المذكورة. ونفى في «المختلف [4]» عنه البُعد، لأنّ المولى غارّ بالإذن للعبد في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي. وقال أيضاً في «المختلف [5]»: إنّ المعتمد أنّه إن استدان لمصلحة التجارة لزم المولى أداؤه كالأجنبي، وإن لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه شيء وتبع به بعد العتق عملاً بأصالة براءة ذمّة المولى. وتبعه على ذلك صاحب «المقتصر [6]» وأورد [7] عليه أنّ الإذن في التجارة إن استلزم الإذن في الاستدانة لضروريّاتها فهو خلاف الفرض لأنّ المفروض أنّه غير مأذون في الاستدانة، وإن لم يستلزم فلا نسلّم أنّه يلزم المولى حينئذٍ لأنّه نفس المتنازع.

وأجاب في «التنقيح [8]» بأنّ محلّ النزاع هو عدم حصول الإذن صريحاً، لا عدم حصوله مطلقاً، قال: وبينهما فرق.

قلت: الموجود في الرواية الّتي هي الأصل في النزاع «وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدَين» فالإذن نكرة في سياق النفي، وهو يفيد العموم اللغوي إلّا أن تقول: إنّ النفي متوجّه إلى ما اُريد من الإذن في الإثبات، وهي الصريحة والفحوى المقطوع بها دون المظنونة، وكلام المختلف ناظر إلى المظنونة على الظاهر، ثمّ إنّ هذا التحرير في محلّ النزاع لم نجده لغيره.

---

(١) حكاه عنه في الرياض: في دَين المملوك ج ٨ ص ٤٦٩.

(٢) تقدّمت الصحيحة في ص ١٦٤ في ذِكر حجّة المشهور بإلزام المولى.

(٣) النهاية: في المملوك يقع عليه الدَين ص ٣١١.

(٤ و ٥) مختلف الشيعة: في الدَين ج ٥ ص ٣٨٩.

(٦ و ٧) المقتصر: في السلف ص ١٨٨.

(٨) التنقيح الرائع: في السلف ج ٢ ص ١٥٢.

ولا يتعدّى الإذن إلى مملوك المأذون.

وقد سمعت ما ذكرناه في تفسير قول المصنّف «وغيره» من الوجهين.

وفصّل ابن حمزة[١] بأنّه إن علم المدين عدم الإذن تبع به بعد العتق وإلّا استسعى. وقد وافقه على ذلك صاحب «إيضاح النافع» قال: لأنّ السيّد غرّ الناس بالإذن في التجارة، والصحيحة منبّهة على العلّة. وقال: إنّه أقوى الأقوال وفي «جامع المقاصد[٢]» أنّه ضعيف.

وفصّل في «المسالك[٣] والروضة[٤]» فقال: الأقوى إنّ استدانته لضرورة التجارة إنّما تلزم ممّا في يده، فإن قصر استسعى في الباقي، ولا يلزم المولى من غير ما في يده، وعليه تحمل الرواية. وهو كما ترى.

[في اقتصار إذنه لمملوكه لا لخادمه]

قوله: ﴿ولا يتعدّى الإذن إلى مملوك المأذون﴾ كما في «الشرائع[٥] والتذكرة[٦]» وغيرهما[٧]. ويمكن أن يراد بمملوك المأذون معناه المجازي، لأنّ الإضافة تصدق بأدنى ملابسة، فيراد به مَن هو في خدمته من مماليك المولى حال التجارة بحيث يدخل تحت أمره، ويمكن أن يراد الحقيقة تفريعاً على القول بأنّه يملك، وعلى التقديرين لا يتناول الإذن له مملوكه، لأنّ المولى اعتمد على نظره، فلم يكن له أن يتجاوزه بالاستنابة كالتوكيل. وكذا ليس لهذا العبد المأذون أن يوكّل غيره لما ذكر. وقد وافق على ذلك الشافعي[٨]، وخالف أبو حنيفة[٩] فذهب إلى أنّ له أن يأذن لمملوكه

(١) الوسيلة: في بيان الدَين ص ٢٧٤. (٢) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٦.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٨.
(٤) الروضة البهية: في الدَين ج ٤ ص ٤٧. (٥) شرائع الإسلام: في السلف ج ٢ ص ٧٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في المأذون له في الاستدانة ج ١٣ ص ٦٥.
(٧) كمسالك الأفهام: في السلف ج ٣ ص ٤٦٧.
(٨ و٩) المغني لابن قدامة: في المضاربة ج ٥ ص ٢٠٠، وتحفة الفقهاء للسمرقندي: ج ٣ ص ٢٨٩.

ولو أخذ المولى مااستدانه وتلف في يده تخيّر المقرض بين إتباع العبد بعد العتق وإلزام المولى معجّلاً.

في التجارة مع أنّه لا يقول بأنّ العبد يملك.

[فيما لو أخذ المولى ما استدان المملوك]

قوله: ﴿ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخيّر المقرض بين إتباع العبد بعد العتق وإلزام المولى معجّلاً﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والإرشاد[3] والتحرير[4] واللمعة[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والروضة[8]» ووجه التخيير أنّ كلّاً منهما قد أثبت يده على ماله فيرجع على مَن شاء، لأن كان القرض فاسداً، لأنّه بغير إذنه صريحاً أو فحوى كما هو المفروض، فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وإن أعتق بعد ذلك، لاستقرار التلف في يده. وإن كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد، فإن كان عند أخذه للمال عالماً بأنّه قرض فلا رجوع له على العبد أيضاً، وإن كان قد غرّه العبد بأنّ المال له أو من كسبه اتّجه رجوعه عليه لمكان الغرور. ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى، لاستقرار التلف في يده، إلّا أن يكون قد غرّ المولى فلا رجوع له عليه. ومثله لو أخذه المولى ثمّ ردّه على العبد فتلف في يده.

---

(١) شرائع الإسلام: في السلف ج ٢ ص ٧١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٥٥.
(٣) إرشاد الأذهان: في الديون وتوابعه ج ١ ص ٣٩١.
(٤) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٦٠.
(٥) اللمعة الدمشقية: في دَين المملوك ص ١٣٦. (٦) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٦.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٦٨.
(٨) الروضة البهية: في الدَين ج ٤ ص ٤٧.

ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما، فإن تلفت طولب بعد العتق.

ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملّكه إشكال،

وقد سها قلم مولانا المقدّس الأردبيلي[1] في المقام.

[فيما لو لم يأذن المولى في الاستقراض أو البيع]

قوله: ﴿ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما، فإن تلفت طولب بعد العتق﴾ أمّا أنّ البائع والمقرض يستعيدان العين إن كانت موجودة فممّا لا ريب فيه لبقاء ملك البائع والمقرض، وأمّا مع التلف فيتبع العبد بمثلها أو قيمتها بعد عتقه ويساره كما هو واضح. والضمير المثنّى في «فيهما» يعود إلى البيع والقرض، لدلالة البائع والمشتري عليهما.

[فيما لو أذن له المولى شراءه لنفسه]

قوله: ﴿ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملّكه إشكال﴾ الضمير في «تملّكه» يعود إلى المولى، لأنّ العبد لا يملك عند المصنّف. قال في «التذكرة»: لو أذن المولى لعبده في الشراء للعبد صحّ، والأقرب أنّه لا يملكه، فحينئذٍ يملكه المولى، لاستحالة ملك لا مالك له[2]. وهو خيرة الشهيد في نكاح «غاية المراد[3]». وفي «جامع المقاصد[4]» الأصحّ أنّه لا يثمر ملكاً للمولى. وهو

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في الدّين ج ٩ ص ١٠٨ ـ ١٠٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في المأذون له في الاستدانة ج ١٣ ص ٦٢.

(٣) غاية المراد: في النكاح ج ٣ ص ١٩ ـ ٢٠.

(٤) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧.

خيرة نكاح «المسالك[١]». والمصنّف هنا استشكل.

ووجّهه الشهيد[٢] بأنّه لم يقع للسيّد فلا يملكه، ولا للعبد لأنّه لا يملك. قلت: قضية ذلك أن يكون باطلاً. والأصل في ذلك ـ أي الإشكال ـ أنّ بطلان المركّب لا يستلزم بطلان جزئه المعيّن. وبعبارة اُخرى: بطلان الخاصّ لا يستلزم بطلان العامّ، وأنّ الإذن في الخاصّ يستلزم الإذن في المطلق اللازم له، فإذنه له في الشراء لنفسه قد تضمّن أمرين: مطلق الإذن في الشراء وتقييد* بكونه لنفسه، وإذا بطل القيد ـ أعني الجزء المعيّن ـ بقي المطلق، وإذا كان الشراء في الجملة مأذوناً فيه أثمر الملك للمولى، ومن أنّ الكلّي لا يوجد إلّا في أحد جزئيّاته، وهي غير متلازمة هنا، فالإذن حينئذٍ إنّما تعلّق بأمرٍ واحد، وهو شراء مخصوص للعبد وقد انتفى، لأن كان محالاً غير متحقّق. وبعبارة اُخرى: فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه فلا يثمر ملكاً للمولى.

وحاصله: أنّ الإذن في المقيّد يستلزم الإذن في المطلق لا مطلقاً، أي في أيّ جزءٍ كان بل في ذلك المقيّد، وإذا امتنع ذلك المقيّد لم يبق ذلك الإذن، فرجع الأمر إلى منع القاعدة الثانية على إطلاقها. ثمّ إنّا قد نمنع القاعدة الاُولى ونقول فيمن نذر صلاة نافلة في مكان لا مزية له أو جالساً أو على الراحلة بانعقاد النذر ولا نقول بانعقاد المطلق وبطلان المقيّد، وفيمن نذر الصلاة محدثاً ببطلان النذر من أصله، ونقول: إنّ من نذر أن يضحي بحيوان خاصّ فمات قبل ذلك لا يجب أن يضحي بغيره، وأنّ القضاء ليس تابعاً للأداء. والحاصل: أنّ بقاء المطلق مع انتفاء المقيّد في مثل هذه المواضع ظاهر المنع، ومن الجائز أن يرضى المولى بتملّك الأمة المعيّنة للعبد ولا يرضى بتملّكها لنفسه.

---

* ـ كذا في النسخ، والظاهر وتقييده. (مصحّحه).

---

(١) مسالك الأفهام: في النكاح ج ٧ ص ١١٣ ـ ١١٤.

(٢) لم نعثر عليه في كتب الشهيد المتوفّرة لدينا.

وهل يستبيح العبد البضع؟ الأقرب ذلك، لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن.

[في أنّه هل يشمل إذن المولى البضع؟]

قوله: ﴿وهل يستبيح العبد البضع؟ الأقرب ذلك، لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[1]» ووجّهه في «الإيضاح» بأنّه أذن له في سائر التصرّفات، لأنّ التمليك أبلغ، ثمّ احتمل العدم لعدم محلّه. ثمّ قال: ويردّ أنّه أذن له في التصرّف في الثمن بالبيع وفي المثمن بعد ذلك، وهذا الإذن صحيح[2].

قلت: هذا تفريع على ثبوت الملك للمولى، ونحن إن سلّمنا صحّة الإذن في الوطء لكنّا نقول: إنّه غير كافٍ في جواز الوطء، لكونه سابقاً على الملك، وقد قال المصنّف[3] وغيره[4]: إنّه لا يكتفى بإذن المالك للعامل في شراء جارية يطؤها، ولا فرق، قال في باب القراض: ولو أذن له المالك في شراء أمة يطؤها قيل: جاز، والأقرب المنع. وهو الّذي صحّحه المحقّق الثاني[5] هناك. والقائل بالجواز الشيخ في «النهاية[6]» تعويلاً على رواية الكاهلي[7].

وقد قالوا[8] في باب النكاح: إذا تزوّج العبد بمملوكة ثمّ أذن له المولى في شرائها لنفسه وقلنا إنّه يملك وأنّ العقد يبطل هل يستبيحها العبد بغير إذنٍ جديد من المولى

---

(١) تذكرة الفقهاء: في المأذون له في الاستدانة ج ١٣ ص ٦٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في حجر المملوك ج ٢ ص ٥٨.

(٣) قواعد الأحكام: في القراض ج ٢ ص ٣٤١.

(٤) كالمحقّق في شرائع الإسلام: في المضاربة ج ٢ ص ١٤٥.

(٥) جامع المقاصد: في القراض ج ٨ ص ١١٧ ـ ١١٨.

(٦) النهاية: في الشركة والمضاربة ص ٤٣٠.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب المضاربة ح ١ ج ١٣ ص ١٩٠.

(٨) في مسالك الأفهام: في النكاح ج ٧ ص ١١٣، والإيضاح: في الحجر ج ٢ ص ٥٨، وجامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٧.

ولوأذن له في التجارة جاز كلّ ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته، كحمل المتاع إلى الحرز والردّ بالعيب،

إمّا بالملك أو الإذن الضمنية المستفادة من الإذن في شرائها لنفسه أم لا؟ كلّ من الأُمور الثلاثة محتمل. وجه الأوّل واضح، لأنّ الفرض كونه مالكاً والمالك يستبيح أمته بالملك كغيره. وضعّف [1] بأنّه لا يلزم من الحكم بملكه جواز تصرّفه مطلقاً للإجماع على أنّ العبد محجور عليه في سائر التصرّفات، وفائدة الحجر لا تظهر إلّا على القول بكونه مالكاً، إذ لو نفينا ملكه أصلاً كان منعه من التصرّف كمنع سائر الناس من التصرّف في مال غيرهم، ومثل هذا لا يسمّى حجراً اصطلاحاً، وحينئذٍ فلا يلزم من الحكم بملكه جواز وطئها بدون إذنٍ جديد. ووجه الثاني أنّ إذن المولى له في شرائها لنفسه دلّ على أمرين: أحدهما تملّكه لها، والآخر تسويغه التصرّف فيها بالوطء، فيستبيحها بالإذن الضمني لا بمجرّد الملك للحجر. ويضعّف [2] بأنّ مجرّد الإذن له في شرائها لنفسه لا يدلّ على الإذن له في الوطء بشيءٍ من الدلالات ولا يستلزمه، وإنّما تضمّنت مجرّد التملّك للعبد، وقد اعترفتم بأنّ التملّك المجرّد لا يفيد إباحة الوطء، ثمّ قالوا: إنّه على تقدير الإذن له في الوطء قبل الشراء ففي استباحته للوطء نظر، لأنّ المولى غير مالك حين الإذن لما أذن فيه.

[فيما يشمله إذن المولى للمملوك]

قوله: ﴿ولو أذن له في التجارة جاز كلّ ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته﴾ كما في «التذكرة [3] والتحرير [4]».

قوله: ﴿كحمل المتاع إلى الحرز والردّ بالعيب﴾ وكنشر الثوب وطيّه

(١ و ٢) كما في المسالك: في النكاح ج ٧ ص ١١٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في المأذون له في التجارة ج ١٣ ص ٦٣.

(٤) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٥٩.

وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه، والأقرب أنّ له أن يؤاجر أموال التجارة.

والمخاصمة في العهدة. وكأنّه أراد بالاستلزام ما يشمل المقدّمات، لأنّ حمل المتاع ليس من التجارة الّتي هي الاكتساب، وإنّما هو من مقدّماته.

قوله: ﴿وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه﴾ أمّا النكاح فظاهر، لأنّ الإذن تعلّق بالتجارة، وهي لا تتناول النكاح كما أنّ المأذون له في النكاح ليس له أن يتّجر، إذ كلّ منهما لا يندرج تحت الآخر. وأمّا الإجارة فقد صرّح في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» بأنّها ليس له لما مرّ من عدم تناول الإذن في التجارة لها، ولأنّه لا يملك التصرّف في منفعته، فيتوقّف على الإذن، وعساك تقول: الإذن في التجارة يعمّ وجوه الاكتسابات وهذا من جملتها، قلنا: المتبادر من الإذن له في التجارة الاكتساب بغير منفعته.

قوله: ﴿والأقرب أنّ له أن يؤاجر أموال التجارة﴾ هذا هو الأصحّ كما في «جامع المقاصد[4]» لأنّ المقصود بالإذن الاكتساب وهو هنا أبلغ، ولأنّ له التصرّف في الأعيان والمنافع تابعة لها، ولجواز تمليكها بغير عوض تبعاً للأعيان فهنا أولى، كذا وجّهه في «الإيضاح[5]». قلت: ولأنّ المنفعة من فوائد المال فيجوز له العقد عليها كالصوف واللبن، ولأنّ الإيجار ممّا يعتبره التجّار وقد يوجّه العدم بعدم دلالة الإذن عليه بإحدى الدلالات، بل الإجارة والبيع متنافيان، لأنّ البيع نقل العين والإجارة نقل المنفعة، والأمر بالشيء يستلزم النهي عن منافيه، كذا قال في «الإيضاح[6]» فتأمّل. والجواب أنّها من جملة وجوه الاكتساب.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في المأذون له من التصرّفات ج ١٣ ص ٦٣.
(٢) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٥٩.
(٣ و٤) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.
(٥ و٦) إيضاح الفوائد: في حجر المملوك ج ٢ ص ٥٨ ـ ٥٩.

ولو قصر الإذن في نوعٍ أو مدّةٍ لم يعمّ، ولا يتصدّق ولا ينفق على نفسه من مال التجارة، ولا يعامل سيّده بيعاً ولا شراءً خلافاً للمكاتب، ولا يضمّ ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد إلى مال التجارة.

قوله: ﴿ولو قصر الإذن في نوعٍ أو مدّةٍ لم يعمّ﴾ وكذلك الحال في القدر والسفر. وقال الشهيد: وجد بخطّ المصنّف. وقال أبو حنيفة: يعمّ لأنّه زال الحجر بالإذن الخاصّ [1].

قوله: ﴿ولا يتصدّق﴾ إلّا مع انتفاء كراهية المولى كما في «التذكرة [2]» وقد استحسنه في «جامع المقاصد [3]».

قوله: ﴿ولا ينفق على نفسه من مال التجارة﴾ لأنّه ملك السيّد، وعند أبي حنيفة [4] يجوز له ذلك. وتنقيحه أن يقال: إنّه إن اضطرّ ولم يمكنه الاستئذان فيه وفي القرض للإنفاق ولا الاكتساب كان ذلك من ضروريّات التجارة على احتمالٍ قويّ جدّاً، ولو استأذن الحاكم حينئذٍ فلا كلام. ولو تعذّر ذلك كلّه وبلغ حدّ الضرورة كان من ضروريّات التجارة بل له دفعها وإن لم تكن.

قوله: ﴿ولا يعامل سيّده بيعاً ولا شراءً خلافاً للمكاتب﴾ لأنّ تصرّفه لسيّده بخلاف المكاتب فإنّه يتصرّف لا لسيّده، لانقطاع سلطانه عنه. وبه قال الشافعي [4]. وقال أبو حنيفة [5]: له أن يعامل سيّده. وقيّده بعض الشافعية [6] بما إذا ركبته الديون. ولا أستحلي قوله خلافاً للمكاتب.

قوله: ﴿ولا يضمّ ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد إلى مال التجارة﴾

---

(١) الحاشية النجّارية: في الحجر ص ٧٤ س ١٦ ـ ١٧ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢) تذكرة الفقهاء: في فيما يجوز له من التصرّفات ج ١٣ ص ٦٦.

(٣) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٨.

(٤ ـ ٦) مغني المحتاج: ج ٢ ص ١٠٠، وفتح العزيز (بهامش المجموع: ج ٩) ص ١٢٣ و١٢٤.

وهل ينعزل بالإباق؟ نظرٌ، أقربه ذلك. ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه.

وكذلك قبول الوصية والأخذ من معدنٍ أو مباحٍ لعدم تعلّق الإذن به، فليس له التصرّف فيه إلّا بإذنه، لأنّه مال اكتسبه بغير التجارة فيكون للسيّد والسيّد لم يأذن له في التصرّف ولم يسلّمه إليه ليكون رأس مال التجارة.

[في انعزاله بالإباق وعدمه]

قوله: ﴿وهل ينعزل بالإباق؟ نظرٌ، أقربه ذلك﴾ كما في «التذكرة[1]» قضاءً للعادة وشهادة الحال، فإنّ خروجه عن طاعة مولاه يؤذن بكراهية المولى لتصرّفه حيث خرج عن الأمانة، وأنّ الشارع نزّله منزلة الموت، ولهذا يزول نكاحه عن امرأته والموت موجب للبطلان.

ووجه عدم الانعزال كما هو خيرة «التحرير[2] وجامع المقاصد[3]» الأصل، فيتمسّك بصريح الإذن إلى أن يتحقّق العزل، وأنّ الإباق عصيان فلا يوجب الحجر كما لو عصى السيّد من وجهٍ آخر. والفرق ظاهر، فإنّه إذا قهر المولى على نفسه فقد قهره على ما في يده، والحال تشهد بأنّه لم يأذن له حينئذٍ بالتصرّف فيه.

وعلى القول ببقاء الإذن له التصرّف في البلد الّذي أبق إليه إلّا إذا خصّ السيّد الإذن بهذا البلد.

[حكم سكوت المولى عند بيع المملوك وشرائه]

قوله: ﴿ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه﴾

---

(١) تذكرة الفقهاء: في فيما يجوز له من التصرّفات ج ١٣ ص ٦٧.

(٢) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٦١.

(٣) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٩.

وإذا ركبَته ديون لم يزُل ملك سيّده عمّا في يده. ويُقبل إقراره بديون المعاملة في قدر ما أُذن له لا أزيد،

إذا شاهد عبده يبيع ويشتري فسكت عنه ولم ينكر ولم يظهر منه أثر الاختيار لم يصر مأذوناً في التجارة، كما لو رآه ينكح فسكت لم يكن مأذوناً له في النكاح. وقال أبو حنيفة[1]: يكون مأذوناً في التجارة بمجرّد السكوت. ويستفاد من بعض أخبارنا[2] في باب النكاح أنّ السكوت إذن وإجازة.

قوله: ﴿وإذا ركبَته ديون لم يزُل ملك سيّده عمّا في يده﴾ ولا اعتراض للعبد ولا للغرماء على السيّد. وقال أبو حنيفة[3]: يزول ولا يدخل في ملك الغرماء. وهو يستلزم المحال وهو وجود ملك بلا مالك له ولا مَن هو في حكمه.

[في حدود قبول دعوى المملوك بالدَين]

قوله: ﴿ويُقبل إقراره بديون المعاملة في قدر ما أُذن له لا أزيد﴾ كما في «الغنية[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والدروس[8] ومجمع البرهان[9] ونهاية المرام[10] والرياض[11]». وفي «المسالك[12] والكفاية[13]

---

(١) المبسوط للسرخسي: في المأذون ج ٢٥ ص ١١، وفتح العزيز: ج ٩ ص ١٢٥.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ج ١٤ ص ٢٠٦.
(٣) فتح العزيز (بهامش المجموع: ج ٩) ص ١٢٥ ـ ١٢٦.
(٤) غنية النزوع: في الإقرار ص ٢٧٠.
(٥) شرائع الإسلام: في الإقرار ج ٢ ص ١٥٢.
(٦) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٦١.
(٧) إرشاد الأذهان: في الإقرار ج ١ ص ٤٠٦ ـ ٤٠٧.
(٨) الدروس الشرعية: في الإقرار ج ٣ ص ١٢٧.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الإقرار ج ٩ ص ٣٩٤ ـ ٣٩٥.
(١٠) لم نعثر عليه في نهاية المرام الّتي بأيدينا.
(١١) رياض المسائل: في الإقرار ج ١١ ص ٤١٠.
(١٢) مسالك الأفهام: في الإقرار ج ١١ ص ٩٢.
(١٣) كفاية الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٥٠٤.

والمفاتيح[١] والرياض[٢]» أنّه المشهور.

ومعناه أنّه أقرّ بأنّ ما في ذمّته لزيد مائة دينار من ثمن مبيع، والحال أنّ المائة دينار مقدار المال المأذون فيه، فيقبل إقراره، لأنّ المأذون فيه جائز له بخلاف ما سواه، خلافاً «للتذكرة[٣]» ووفاقاً «للتحرير». ثمّ إنّه قال في «التحرير»: إن كان ما في يده بقدر الإقرار مضى منه، وإلّا كان الفاضل في ذمّته يتبع به بعد العتق[٤]. وظاهره ـ أي التحرير ـ أنّ سيّده أذن له في التجارة والمعاملة بمائة دينار مثلاً ولم يدفع إليه شيئاً، فعاد وبيده أعراض يدّعي شراءها في ذمّته وبقاء الثمن، فإنّه يقبل إقراره في المقدار الذي أذن له فيه ويؤخذ من المال الّذي في يده، والفاضل يكون في ذمّته يتبع به بعد العتق. وعبارة الكتاب قابلة للتنزيل على ذلك، لأنّها كعبارة التحرير، وإنّما زيد فيه ما سمعت. ووجهه شهادة الحال له، لأن كان ذلك مقتضى الإذن وأنّ معامليه يتضرّرون بالصبر إلى ما بعد العتق لو لم يقبل. وفي «جامع المقاصد» أنّ الأصحّ أنّه لا يمضي إقراره على المولى وشهادة الحال ليست حجّة لشغل الذمّة الخالية، والتضرّر يندفع بالإشهاد، وليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل[٥].

قلت: إن لم يقبل إقراره فهل تكون هذه الأعراض الّتي في يده لمولاه أو يردّها على أصحاب الديون؟ وكلامه يعطي أنّها للمولى. وما أشبهها بما إذا ادّعى أنّ ما في يده ملك لزيد وديعةً أو غصباً فإنّه إقرار على ما في يده لا على المولى. وقد صارت يده بالإذن كيد الوكيل، ووجه عدم القبول في هذا الفرض أنّ ما بيده لمولاه.

ويشبه ذلك أيضاً ما إذا أقرّ بدَينٍ اقتضته ضروريّات التجارة. ويجيء على ما في «جامع المقاصد» أن لا يقبل إقراره، وعلى ما في «التحرير والكتاب» يجب القبول.

---

(١) مفاتيح الشرائع: في في ما يشترط في المقرّ ج ٣ ص ١٥٩.

(٢) رياض المسائل: في الإقرار ج ١١ ص ٤١٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الإقرار ج ٢ ص ١٤٧ س ٢٧.

(٤) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٦١.

(٥) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢٠٩.

سواء أقرّ لأجنبيّ أو لأبيه أو لابنه،

ولا يتقيّد بمقدار المأذون بالتجارة فيه، لأنّ ضروريّات التجارة لا تنحصر في مقدار.

ثمّ إنّ المصنّف في باب الإقرار من «الكتاب[1]» صرّح بما في التحرير، قال: ولو كان مأذوناً في التجارة فأقرّ بما يتعلّق بها قبل ويؤخذ ما أقرّ به ممّا في يده، وإن كان أكثر لم يضمنه المولى بل يتبع به بعد العتق. واستشكل فيه في «التذكرة[2]» وصاحب «جامع المقاصد[3]» قال: الإشكال في محلّه. ثمّ قال: لا ريب أنّ القبول إنّما هو بقدر ما في يده. وقال: واحترز بقوله «فأقرّ بما يتعلّق بها» عمّا إذا أقرّ بإتلافٍ ونحوه ممّا لا مدخل له في التجارة فإنّه لا ينفذ في حقّ المولى، انتهى.

وحينئذٍ فكيف يصحّ له أن يحتمل في عبارة الكتاب هنا أنّه أذن له في التجارة بمقدار معيّن ودفع إليه مالاً ليتّجر به، ثمّ عاد وبيده أعراض يدّعي أنّه اشتراها في ذمّته وأنّ دَينها باقٍ وادّعى تلف ما كان في يده وأنّه يقبل إقراره هنا على السيّد ثمّ يقول: إنّه مستبعد جدّاً[4].

ثمّ إنّه لم يتّضح لنا قوله. وليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل، فإنّه ـ أي الوكيل ـ تارةً يقبل إقراره وتارةً لا يقبل كما فصّلوه في بابه، ولا نظنّ أنّهم لا يقبلون قول الوكيل في مثل ما نحن فيه فليتأمّل جيّداً، وتمام الكلام في باب الإقرار فإنّا قد أسبغناه هناك[5].

قوله: ﴿سواء أقرّ لأجنبيّ أو لأبيه أو لابنه﴾ قال في «التذكرة»: وقال

---

(١) قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الإقرار ج ٢ ص ١٤٧ س ٢٧.

(٣) جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٢١٧.

(٤) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠.

(٥) يأتي في ج ٩ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الخامس والعشرين.

ولا تجوز معاملته بمجرّد دعواه الإذن ما لم يسمع من السيّد أو تقوم به بيّنة عادلة، والأقرب قبول الشياع.

أبو حنيفة: لا يقبل إقراره لهما. أمّا لو أقرّ بغير دَين المعاملة فإنّه غير نافذ، وكذا لو أقرّ غير المأذون، لأنّه إقرار في حقّ المولى [١].

[في لزوم ثبوت إذن المولى لمملوكه في المعاملة]

قوله: ﴿ولا تجوز معاملته بمجرّد دعواه الإذن ما لم يسمع من السيّد أو تقوم به بيّنة عادلة﴾ لأنّ الأصل عدم الإذن فأشبه ما إذا زعم الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون، لأنّه مدّعٍ لنفسه، فلا تقبل دعواه إلّا ببيّنة. وقال أبو حنيفة [٢]: يكفي قول العبد كما يكفي قول الوكيل وفرقٌ واضح بينهما، لأنّه لا حاجة في الوكيل إلى دعوى الوكالة، بل تجوز معاملته على ظاهر الحال وإن لم يدّع شيئاً، وهذا بخلافه، فكان قياساً مع الفارق حتّى مع العلم بكون ما في يده لغيره. وجملة «أو تقوم» ـ «أو يقيم» على اختلاف النسخ ـ معطوفة على الجملة، لا على المجزوم، وإلّا لجزمت، ويصير التقدير «أو تقوم ـ أو يقيم ـ بيّنة» فيجوز.

قوله: ﴿والأقرب قبول الشياع﴾ كما في «الإيضاح [٣]» لأنّ إقامة البيّنة لكلّ معامل ممّا يعسر. واستوجه في «التذكرة» العدم، قال: والعسر يندفع بإثبات ذلك عند الحاكم [٤]. قلت: يرد عليه مثله، لأنّ سؤال الحاكم يعسر عند كلّ معاملة، إلّا أن يريد أنّه ينادي عليه ويعرف الناس خبره ثمّ إنّه يرد على الشياع مثل ذلك،

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٦٩ و٧٤.

(٢) فتح العزيز (بهامش المجموع: ج ٩) ص ١٢٧.

(٣) إيضاح الفوائد: في حجر المملوك ج ٢ ص ٥٩.

لأنّ أخبار جماعة يثمر إخبارهم ظنّاً قويّاً متاخماً للعلم عند كلّ معاملة ممّا يتعذّر أو يتعسّر أيضاً. وليس مطلق الإخبار شياعاً، ثمّ إنّه لو ثبت الإذن بالشياع لثبت في الإذن والوكالة للحرّ، لاتّحاد طريق المسألتين وهو الإذن، مع أنّ العبودية لا تزيده إلّا منعاً من التصرّف.

وفي «جامع المقاصد» إن اُريد قبول الشياع بحيث يحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل، لأنّه سيأتي أنّ الشياع لضعفه لا يثبت به الملك الّذي عليه يد شخصٍ آخر فكيف يحكم به على المولى في قطع سلطنة الحجر على عبده وخروج أملاكه عنه بتصرّفه، نعم لو اعتبرنا في الشياع حصول العلم بالإخبارات اتّجه ذلك، لأنّه أقوى من البيّنة وإن اُريد جواز المعاملة بسببه بحيث يرتفع المنع فهو متّجه، لكن اشتراط حصول الشياع لجواز ذلك لا وجه له بل لا يبعد الاكتفاء بخبر الواحد العدل، إذ الأصل في إخبار المسلم الصحّة وقد تأكّد بالعدالة، بل لو أخبر مَن أثمر خبره الظنّ أمكن القبول، إذ ليس ذلك بأقلّ من خبر مَن يدّعي الوكالة عن الغير في بيع ماله، وليس بأقلّ من خبر الصبيّ في الهدية، ولو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه، انتهى [1].

قلت: مراد المصنّف الاحتمال الثاني بناءً على كفاية الشياع فيما يعسر الاطّلاع عليه والعلم به وإن كان غير السبعة المشهورة ـ أعني النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق والولاية ـ وهو خلاف الأصل وخلاف المشهور، فالأصحّ عدم قبوله في المقام، وإلّا لقبل في الحرّ كما عرفت آنفاً. والاكتفاء بخبر المسلم العدل إنّما هو في الاُمور العامّة كالرواية أو الخاصّة المتعلّقة بنفسه لا الاُمور الخاصّة المتعلّقة بغيره. والاكتفاء بالظنّ مطلقاً يقضي بالقبول لو حصل من الفاسق أو الفاسقة، بل لو حصل من مجرّد دعواه، بل قد يحصل الظنّ من دون دعوى ولا خبر، وإثبات الحكم الشرعي بمثل ذلك لا يقول به أحد، سواء كان الحكم جواز معاملته أو غيرها،

(١) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢١١.

ولو عُرف كونه مأذوناً ثمّ قال: حجر عليَّ السيّد لم يعامل، فإن قال السيّد: لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل، لأنّه العاقد والعقد باطل بزعمه، والمعاملة أخذاً بقول السيّد.

والوكيل كما عرفت آنفاً[1] تجوز معاملته على ظاهر الحال، والصبيّ خرج بالدليل فلا يقاس عليه غيره.

[فيما لو ادّعى المملوك المأذون حجره]

قوله: ﴿ولو عُرف كونه مأذوناً ثمّ قال: حجر عليَّ السيّد لم يعامل﴾ لأنّه إقرار على نفسه.

قوله: ﴿فإن قال السيّد: لم أحجر عليه احتُمل أن لا يعامل، لأنّه العاقد والعقد باطل بزعمه﴾ هذا أصحّ الوجهين عند الشافعية[2] لأنّه غير قاصد إلى عقدٍ صحيح وردّ بأنّ الشرط لصحّة العقد هو القصد إليه لا القصد إليه من حيث كونه صحيحاً، للقطع بصحّة مبايعة من ينكر صحّة بيع الغائب من العامّة ولجواز المتعة بالمرأة من المخالفين[3]. وفي «جامع المقاصد» أنّ الأصحّ أنّه إن قصد إلى العقد ولم يقصد إيقاعه باطلاً صحّ، ولا يلتفت إلى قول العبد[4].

قوله: ﴿والمعاملة أخذاً بقول السيّد﴾ هذا هو مذهبنا كما في «التذكرة[5]» لأنّ الحجر حقّ السيّد ولا يعتبر رضا العبد كما لا يعتبر رضاه في ثبوت الإذن له إذا أذن له، فلا يعتدّ بمخالفته، لأنّ السيّد أحقّ بنفسه منه.

---

(١) تقدّم في ص ١٨٥.

(٢) فتح العزيز (بهامش المجموع: ج ٩) ص ١٢٨.

(٣ و٤) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢١٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٧٤.

ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيّد. ولا يُقبل إقرار غير المأذون بمالٍ ولا حدّ. وهل يتعلّق بذمّته؟ نظرٌ.

[فيما لو ظهر استحقاق المشتري للمبيع]

قوله: ﴿ولو ظهراستحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيّد﴾ لأنّ العقد له والعبد نائب عنه وعبارته مستعارة، فكأنّ السيّد هو البائع والقابض للثمن. والحاصل: أنّ العبد لم يقبضه إلّا للسيّد ويده يد ضمان.

قوله: ﴿ولا يُقبل إقرار غير المأذون بمالٍ ولا حدّ﴾ قد تقدّم[1] أنّ إقراره بالمال لا يقبل، لأنّه إقرار في حقّ المولى، وأمّا الحدّ فيأتي[2] قريباً أنّه لا يقبل إقراره فيه. وقد يوجد في بعض النسخ «في مالٍ لأحد» بدون واو. وهذا القيد يمنع العموم، لأنّ المال المقرّ به لنحو المسجد والبقعة لا يقبل إقراره فيه.

قوله: ﴿وهل يتعلّق بذمّته؟ نظرٌ﴾ أقربه التعلّق كما هو خيرته في «التذكرة[3]» وباب الإقرار من الكتاب[4] وخيرة ولده في «الإيضاح[5]». وفي «جامع المقاصد[6]» أنّه الحقّ. قلت: هو خيرة إقرار «المبسوط[7] والسرائر[8] والجامع[9] والشرائع[10] والتحرير[11] والإرشاد[12] والإيضاح[13] والدروس[14] وجامع المقاصد[15] والمسالك[16]

---

(١) تقدّم في ص ١٨٥.
(٢) يأتي في ص ١٩١.
(٣) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٧١.
(٤) قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤١٥.
(٥) إيضاح الفوائد: في حجر المملوك ج ٢ ص ٦٠.
(٦) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢١٢ ـ ٢١٣.
(٧) المبسوط: في الإقرار ج ٣ ص ١٨.
(٨) السرائر: في الإقرار ج ٢ ص ٤٩٩.
(٩) الجامع للشرائع: في الإقرار ص ٣٣٨.
(١٠) شرائع الإسلام: في الإقرار ج ٣ ص ١٥٢.
(١١) تحرير الأحكام: في الإقرار ج ٤ ص ٤٠٠.
(١٢) إرشاد الأذهان: في الإقرار ج ١ ص ٤٠٦.
(١٣) إيضاح الفوائد: في الإقرار ج ٢ ص ٤٣٠.
(١٤) الدروس الشرعية: في الإقرار ج ٣ ص ١٢٧.
(١٥) جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.
(١٦) مسالك الأفهام: في الإقرار ج ١١ ص ٩١.

ونهاية المرام[١] والكفاية[٢]» للقطع بكونه كامل التصرّف لو لا حقّ المولى، فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار فتعدّ لغواً، ولعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[٣] والعبد منهم، فيؤاخذ به بعد العتق. وقال في إقرار «الكتاب» لو قيل كان وجهاً[٤] فكأنّه متردّد كما هنا، وستعرف وجه تردّده.

[حكم قبول إقرار المملوك المأذون بالجناية]

قوله: ﴿ولا يُقبل إقرار المأذون وغيره بالجناية سواء أوجبت قصاصاً أو مالاً﴾ كما في «التذكرة[٥] والتحرير[٦] وجامع المقاصد[٧]» وإقرار «الكافي[٨] والجامع[٩] والشرائع[١٠] والنافع[١١] والكتاب[١٢]» وقصاص «الكتاب[١٣]». وفي إقرار «المبسوط[١٤]» لا يقبل إقراره بحدّ عندنا. وفي «الخلاف[١٥] والغنية[١٦]» الإجماع على أنّه لا يقبل إقراره بما يوجب جنايةً على بدنه. وفي «التذكرة[١٧] وجامع المقاصد[١٨]» الإجماع على أنّه لا يقبل إقراره بعقوبةٍ ولا مال. ونفى عن ذلك الخلاف في «المسالك[١٩]». وفي «الكفاية[٢٠]» أنّه لا يعرف فيه خلافاً، لأنّه إقرار في حقّ مولاه،

---

(١) لم نعثر عليه في نهاية المرام، فراجع. (٢) كفاية الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٥٠٤.
(٣) عوالي اللآلي: ح ٥ ج ٣ ص ٤٤٢. (٤) قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤١٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٦٩.
(٦) تحرير الأحكام: في دَين المملوك ج ٢ ص ٤٦١.
(٧) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢١٣. (٨) الكافي في الفقه: في الإقرار ص ٤٣٤.
(٩) الجامع للشرائع: في الإقرار ص ٣٣٨. (١٠) شرائع الإسلام: في الإقرار ج ٣ ص ١٥٢.
(١١) المختصر النافع: في الإقرار ص ٢٣٣. (١٢) قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤١٥.
(١٣) قواعد الأحكام: في القصاص ج ٣ ص ٦١٢. (١٤) المبسوط: في الإقرار ج ٣ ص ١٩.
(١٥) الخلاف: في الإقرار ج ٣ ص ٣٧١ مسألة ١٧. (١٦) غنية النزوع: في الإقرار ص ٢٧٠.
(١٧) تذكرة الفقهاء: في الإقرار ج ٢ ص ١٤٦. (١٨) جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٢١٥.
(١٩) مسالك الأفهام: في الإقرار ج ١١ ص ٩١. (٢٠) كفاية الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٥٠٣.

مولاه، وقد سأل أبومحمد الوابشي مولانا الصادق عليه السلام عن قوم ادّعوا على عبدٍ جنايةً تحيط برقبته، فأقرّ العبد بها، فقال عليه السلام: لايجوز إقرار العبد على سيّده[1]. فما رواه العامّة[2] عن أميرالمؤمنين عليه السلام «أنّه قطع عبداً بإقراره» فممنوع. وقال في «التذكرة[3]»: إنّما قطعه بالبيّنة.

ومعنى عدم قبول إقراره أنّه لا يقتصّ منه ما دام مملوكاً ولا يطالب بالمال، سواء كان مأذوناً في الاستدانة والتجارة أولا. فإذا اُعتق فإن كان الإقرار يوجب القصاص استوفي من العبد بما يقتضيه إقراره كما في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5]» ولم يفت في إقرار «الدروس» بشيء، قال: وقيل يتبع بالجناية أيضاً[6]. ولعلّه أشار إلى ابن إدريس في «السرائر[7]». وفي إقرار «جامع المقاصد[8]» لا أرى به بأساً إلّا في الحدّ، لأنّه مبنيّ على التخفيف ودرئه بالشبهة. وقد فهم ذلك من إطلاق عبارة إقرار الكتاب، ولم يظهر لي ذلك منها بل لا إشعار فيها بذلك.

ووجه أخذه بإقراره انتفاء المانع وأنّه يؤخذ به في المال كما يأتي[9]. ووجه العدم سقوط ما وقع منه من الإقرار شرعاً، ولأنّه ربّما كان غرضه من الإقرار تغريم المولى أو إدخال النقص على المولى بقلّة الرغبة فيه.

وإن كان الإقرار بما يوجب المال فإنّه يتبع به إذا اُعتق وأيسر بخلاف المحجور عليه للسفه فإنّه لا يلزمه حال الحجر ولا بعد فكّه، لأنّ ذلك تضييعٌ لماله في أحسن أحواله، وهذا إنّما رددنا إقراره لحقّ سيّده، فإذا زال حقّه وملك المال ألزمناه حقّ

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٤١ القصاص في النفس ح ٣ ج ١٩ ص ٧٣.

(٢) تلخيص الحبير: ج ١١ ص ٨٩، ومغني المحتاج: ج ٢ ص ٢٣٩.

(٣ و ٤) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٧١ و ٦٩.

(٥) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢١٣، وفي الإقرار ج ٩ ص ٢١٦.

(٦) الدروس الشرعية: في الإقرار ج ٣ ص ١٢٧.

(٧) السرائر: في الإقرار ج ٢ ص ٤٩٩.

(٨) جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٢١٦ ـ ٢١٧.

(٩) يأتي في ص ١٩٣. ولايخفى أنّ ما سيأتي من قبول إقراره إنّما هو فيما إذا صدّقه مولاه لا مطلقاً، وهذا خلاف الفرض فإنّ المدّعى قبوله مجرّداً عن تصديق المولى، فتدبّر.

ولا بالحدّ،

إقراره. وهو المحكي[١] عن «المبسوط» وخيرة إقرار «جامع المقاصد[٢]» وحجره. وقد عرفت آنفاً المصرّح بذلك فيما إذا أقرّ بالمال. وفي إقرار الكتاب[٣] لو قيل به كان وجهاً (حسناً ـ خ ل) ولعلّه لأنّ في نفوذه بعد العتق نقصاً على المولى لقلّة الرغبة فيه، لأنّ ضمان شيءٍ في حال الحرّية يزاحم الإرث بالولاء. وفيه: أنّ ذلك لا ينظر إليه، إذ مجرّد حصول الحرّية مظنّة التصرّفات المانعة من الإرث بالولاء أو المنقصة له.

وأمّا إقراره بالخطأ فعندنا أنّه لا يقبل إقراره، لأنّه إقرار في حقّ مولاه كما في «التذكرة[٤]».

[حكم إقرار المملوك المأذون بالحدّ]

قوله: ﴿ولا بالحدّ﴾ كما في «التذكرة[٥] وجامع المقاصد[٦]» وقد سمعت ما حكيناه عن «المبسوط» وما ذكر بعده آنفاً من الإجماعات[٧]. وفي حدود «الكتاب[٨]» أنّه إن أقرّ بالزنا لم يحكم عليه بشيء وأنّه إن أقرّ بالسرقة لا يقبل إقراره. وفي «الخلاف[٩]» الإجماع عليه في الثاني، أي ما إذا أقرّ بسرقة.

وقال مولانا الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل: إذا أقرّ العبد على نفسه بالسرقة

---

(١) حكاه عنه في جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٢١٦.

(٢) جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٢١٥ ـ ٢١٦، وفي الحجر ج ٥ ص ٢١٣.

(٣) قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤١٥.

(٤ و ٥) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٦٩ و ٧١.

(٦) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢١٣.

(٧) تقدمت حكاية كلام المبسوط وغيره من الإجماعات في ص ١٨٩ ـ ١٩٠ وتقدمت حكاية الخلاف عن ابن إدريس وغيره.

(٨) قواعد الأحكام: في الحدود ج ٣ ص ٥٢٢ و ٥٦٥.

(٩) الخلاف: في السرقة ج ٥ ص ٤٥٣ مسألة ٥٤.

ولو صدّقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ.

لم يقطع[1]. وخصّه الصدوق بمن يريد الإضرار بسيّده لما في حسنة ضريس عن أبي جعفر عليه السلام: أنّ العبد إذا أقرّ على نفسه عند الإمام مرّة قطعه[2]. وهو شاذّ قد حمله الشيخ[3] على ما إذا انضاف إلى الإقرار الشهادة.

ويتبع بالمال بعد الحرّية كما في «التذكرة[4] والتحرير[5]». ونفى عنه البعد في «جامع المقاصد[6]» وهو خيرة حدود «الكتاب[7]». وهل يقطع؟ وجهان من ارتفاع المانع ومن اندرائه ابتداءً. وهو الّذي رجّحه في إقرار «جامع المقاصد[8]».

وأمّا في حدّ الزنا فقد قرّب في «الكتاب[9]» الثبوت لزوال المانع، وهو كذلك. ووجه احتمال العدم أنّه أقرّ حين لم يكن عبرة بإقراره، فهو كما إذا أقرّ صبيّاً ثمّ بلغ. والفرق واضح.

وقد يبنى الوجهان على أنّ تعلّق حقّ المولى به مانع السبب كالاُبوّة المانعة من القصاص والرضاع المانع من النكاح أو مانع الحكم كالدّين المانع من وجوب الخمس في المكاسب، والظاهر أنّه من قبيل الثاني، لأنّ تعلّق حقّ المولى لا يخلّ بحكمة السبب، وإنّما يناقضها مع بقاء الحكمة في الحدود، فهو كالحليلة الموطوءة بشبهة فإنّ عدّتها لا تحرّمها على زوجها وإن حرم وطؤها لمكان العدّة.

[فيما لو صدّق إقراره المولى]

قوله: ﴿ولو صدّقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ﴾ أشار بقوله في

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب الحدود والتعزيرات ح ١ ج ١٨ ص ٥٣٢.
(٢) من لا يحضره الفقيه: في حدّ السرقة ح ٥١٢٩ ج ٤ ص ٧٠.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٨ في حدّ السرقة والخيانة ... ح ٥٨ ج ١٠ ص ١١٢.
(٤) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٧١.
(٥) تحرير الأحكام: في الدّين ج ٢ ص ٤٦١.
(٦) جامع المقاصد: في المملوك ج ٥ ص ٢١٣.
(٧ و ٩) قواعد الأحكام: في الحدود ج ٣ ص ٥٢٢.
(٨) جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٢١٧.

الفصل الرابع: في المريض

ويُحجر على المريض في التبرّعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة، فلا تمضي إلّا من ثلث تركته وإن كانت منجّزة على رأي،

ذلك إلى ما سبق من القصاص والحدّ. وما قرّبه هنا خيرته في «التذكرة[1]» وحدود «الكتاب[2]» في الزنا والسرقة جازماً به فيهما. وفي قصاص «الكتاب[3]» أنّه الأقرب كما هنا، وفي إقراره جزم بالجميع، أعني قبول إقراره بالمال والحدّ والجناية بأقسامها[4] وفي إقرار «الغنية[5] والسرائر[6]» نفي الخلاف في ذلك، وفي «المسالك[7] والكفاية[8]» أنّه لا إشكال في ذلك، لانتفاء المانع وأنّ الحقّ لا يعدوهما.

ويحتمل ضعيفاً العدم، لاحتمال سلب الأهلية، ولأنّ المولى لا يملك ثبوت الحدّ والقصاص عليه، وليس بشيء، لأنّ المثبت إقراره، وقد زالت مانعية حقّ المولى بتصديقه. وتمام الكلام في هذه المسائل في باب الإقرار.

﴿الفصل الرابع: في المريض﴾

[في حجر المريض عمّا زاد عن الثلث وعدمه]

قوله: ﴿ويُحجر على المريض في التبرّعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة، فلا تمضي إلّا من ثلث تركته وإن كانت منجّزة على رأي﴾ مشهور كما في «المهذّب البارع[9]» وهو الأظهر في فتاوى أصحابنا كما في «إيضاح

---

(١) تذكرة الفقهاء: في مداينة العبد وباقي معاملاته ج ١٣ ص ٧٣.
(٢) قواعد الأحكام: في الحدود ج ٣ ص ٥٢٢.
(٣) قواعد الأحكام: في القصاص ج ٣ ص ٦١٢.
(٤) قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤١٥.
(٥) غنية النزوع: في الإقرار ص ٢٧٠.
(٦) السرائر: في الإقرار ج ٢ ص ٤٩٩.
(٧) مسالك الأفهام: في الإقرار ج ١١ ص ٩١.
(٨) كفاية الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٥٠٢.
(٩) المهذّب البارع: في الحجر ج ٢ ص ٥١٦.

النافع» وعليه الفتوى كما في «التنقيح[1]» وعليه عامّة المتأخّرين كما في حجر «المسالك[2]» والأكثر وسائر المتأخّرين كما في وصاياه[3]. وعليه المتأخّرون كما في «غاية المراد[4] ومجمع البرهان[5]» والنصوص به متواترة كما في «جامع المقاصد[6]»* وفي موضع آخر[7] منه أنّه قد دلّت عليه صحاح الأخبار. وفي «المفاتيح[8]» أنّ الأخبار به أكثر وأشهر.

وقد حكاه المصنّف في «المختلف[9]» والشهيد في «غاية المراد[10]» عن الصدوق وأبي عليّ والشيخ في «المبسوط» وظاهر كلام الشيخ في «الخلاف» وتبعهما مَن[11]

---

* ـ أقول قد تبع المصنّف على نسبة دعوى التواتر إلى جامع المقاصد تلميذه صاحب «الجواهر[12]» ونحن قد تأمّلنا عبارة جامع المقاصد فوجدناه لم يدّع ذلك وإن أوهمته عبارته في بادئ النظر، وهي قوله ـ في مسألة مَن أوصى بعتق مماليكه وعليه دَين ـ: إنّ نفوذ تصرّفات المريض في الثلث ثبت بالنصّ تواتراً... إلى آخره، فإنّه لا يبعد ظهورها في إرادة التصرّف بالإيصاء، ويؤيّده عدم دعواه التواتر في باب الوصايا الّذي بسط فيه الكلام في المنجّزات، مع أنّه أحوج إليها، ولا في باب الحجر، واقتصر على دعوى دلالة صحاح الأخبار. (لمحرّره محسن الحسيني العاملي).

---

(١) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٤٢٥.
(٢) مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٦.
(٣) مسالك الأفهام: في الوصايا ج ٦ ص ٣٠٥.
(٤ و ١٠) غاية المراد: في الحجر ج ٢ ص ٢٠٠.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢١٤.
(٦) جامع المقاصد: في الوصايا ج ١٠ ص ٢٠٦.
(٧) المصدر السابق: في المريض ج ٥ ص ٢١٤.
(٨) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالثلث زاد أو... ج ٣ ص ٢٢٥.
(٩) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤١٣.
(١١) منهم فخر المحقّقين في الإيضاح: ج ٢ ص ٥٩٣، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ١١ ص ٩٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ٦ ص ٣٠٥.
(١٢) جواهر الكلام: في الحجر ج ٢٦ ص ٦٤.

تأخّر عنهما في الحكاية عن هؤلاء. وستعرف الحال في ذلك كلّه. نعم لا ريب أنّ المحقّق[1] ومن تأخّر[2] عنه مطبقون على ذلك إلّا مَن ستعرفه، لكنّ المحقّق والمصنّف والشهيدين في موضع من «النافع[3] والإرشاد[4] وغاية المراد[5]» وموضع من «المسالك[6]» لم يرجّحوا واحداً من القولين. وكذا الشيخ في موضعين من «المبسوط[7]» أحدهما باب الوقف، والراوندي في «فقه القرآن[8]».

وفي عتق «الغنية» العتق في مرض الموت من أصل التركة إن كان واجباً، وإن كان تبرّعاً فهو من الثلث[9]. وقد يظهر منه دعوى الإجماع عليه. وقد يتوهّم من ذلك أنّه يخالف ما يأتي من أنّ المنجّزات من الأصل، وليس كذلك، لأنّ هذا في الوصية. وبمثل ذلك قال في «الخلاف[10]» وصرّح بأنّه في الوصية.

---

(١) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢.

(٢) كالمحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ١١ ص ٩٤، والشهيد في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٤.

(٣) المختصر النافع: في الحجر ص ١٤١.

(٤) إرشاد الأذهان: في الحجر ج ١ ص ٣٩٦.

(٥) غاية المراد: في الحجر ج ٢ ص ٢٠٠.

(٦) مسالك الأفهام: في الوصايا ج ٦ ص ٣٠٥.

(٧) المبسوط: في الوقوف والصّدقات ج ٣ ص ٢٩٨، وفي الوصايا ج ٤ ص ٤٦.

(٨) فقه القرآن: في الحجر ج ٢ ص ٧١.

(٩) غنية النزوع: في العتق ص ٣٨٩.

(١٠) لم نجد في الخلاف ما يكون صريحاً في التفصيل الّذي حكاه الشارح عنه ولاسيّما التصريح بأن التفصيل المذكور يكون في الوصية. نعم قال في باب العتق: إذا أعتق عبده عند موته وله مال غيره كان عتقه من الثلث، وبه قال جميع الفقهاء، انتهى. راجع الخلاف: ج ٦ ص ٣٦٤. وهذا الكلام يدلّ على أنّ العتق يخرج من الثلث إذا كان له مال غير العبد ومفهومه يدلّ على أنّه لو لم يكن له مال غيره فيخرج من الأصل، وهذا غير ما نسبه إليه الشارح من التفصيل بين ما كان العتق واجباً، وما لم يكن واجباً حيث حكم في الأوّل بخروجه من الأصل وفي الثاني من الثلث، ومثل ذلك ما ذكره في باب الوصية حيث قال: إذا أعتق ثمّ حابىٰ في ←

والقول بأنّها ـ أي المنجّزات ـ من الأصل خيرة «الكافي[١] (والكليني ـ خ)* والفقيه[٢] والمقنعة[٣] والانتصار[٤] والتهذيب[٥] والاستبصار[٦] والنهاية[٧] والخلاف[٨]» في مواضع منه الهبة والشفعة والوصايا و«المبسوط[٩]» في موضعٍ منه و«المهذّب[١٠]»

---

* ـ الموجود في بعض النسخ «وهو خيرة الفقيه والمقنعة ـ إلى آخره» ولعلّها هي الأصحّ فإنّه سينسب ذلك إلى الكليني بطريق الحكاية عنه. وأمّا الكافي فإن اُريد به كتاب الكليني فلا يجتمع النقل عنه مع النقل عن الكليني، وإن اُريد به كافي أبي الصلاح فكان اللازم تأخيره عن الكتب الّتي بعده ممّا هو متقدّم عليه في الزمان كما هي عادة الشارح، فتأمّل. (المحرّره محسن).

← مرضه المخوف كان ذلك من الثلث بلا خلاف ويقدّم العتق على المحاباة. ثمّ قال: دليلنا أنّا بيّنّا في الوصية كلّها يقدّم الأولى فالأولى إذا لم تكن منجّزة فما تكون منجّزة بذلك أولى، انتهى. راجع الخلاف: ج ٤ ص ١٥٦. وهذا الكلام كما تراه يفصّل بين العتق قبل المحاباة في المرض الشديد وبين العتق بلا محاباة، وهذا غير التفصيل بين العتق الواجب وغير الواجب، ويمكن أن يقال: إنّه وإن لم يكن صريحاً بين الواجب وغير الواجب إلّا أنّ التقابل بين العتق والمحاباة قد يدلّ على الفرق بين الواجب وهو المحاباة والجائز وهو العتق ولا سيّما مع إشارته إلى ما في الوصية من تقديم الأولى فالأولى في المنجّزة وغير المنجّزة، إلّا أنّ كلامه هذا لا يدلّ على انحصار التفصيل المذكور بالوصية، فتأمّل.

(١) لم نعثر في الكافي لأبي الصلاح وأمّا الكافي للكليني فستأتي الحكاية عنه في الصفحة الآتية.

(٢) من لا يحضره الفقيه: في الوصايا ج ٤ ص ٢٠١.

(٣) المقنعة: في الوصية باب ٨ ص ٦٧١.

(٤) الانتصار: في مسألة ٢٦٢ ص ٤٦٥.

(٥) تهذيب الأحكام: في الوصايا ج ٩ ص ١٦١.

(٦) الاستبصار: في الوصايا ج ٤ ص ١١٢ ـ ١١٣.

(٧) النهاية: في الوصايا ص ٦٢٠.

(٨) الخلاف: في الهبة ج ٣ ص ٥٧٤ مسألة ٢١، وفي الشفعة ص ٤٥٥ مسألة ٤٠، وفي الوصايا ج ٤ ص ١٤٣ مسألة ١٢.

(٩) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٣.

(١٠) المهذّب: في الوصايا ج ٢ ص ١٠٦.

فيما إذا أعتق في الحال و«الوسيلة[١] والغنية[٢]» في موضعين منها و«السرائر[٣]» في ثلاثة مواضع و«جامع الشرائع[٤]» في باب الوقف و«كشف الرموز[٥] ومجمع البرهان[٦]» في باب الحجر و«الكفاية[٧] والوافي[٨] والوسائل[٩] والهداية[١٠] والرياض[١١]».

وهو المحكي[١٢] عن الكليني والقاضي أيضاً. ولعلّ وجه حكايته عن ثقة الإسلام[١٣] هو أنّه عقد باب صاحب المال أحقّ بماله مادام حيّاً، ثمّ ساق الأحاديث الدالّة عليه خاصّة، ولم يذكر شيئاً من روايات القول الآخر.

وهو لازم لسلّار كما ستسمع[١٤]. وهو ظاهر «نكت النهاية[١٥]». وفي «كشف الرموز[١٦]» أنّه مذهب الأكثر. وفي «الرياض[١٧]» أنّه المشهور بين القدماء ظاهراً، بل لعلّه لا شبهة فيه جدّاً. وفي موضع من «السرائر[١٨]» أنّه الصحيح من المذهب الّتي تقتضيه الاُصول. وفي موضع آخر[١٩] ـ وهو باب الوصية ـ قال: إنّه الأظهر في المذهب وعليه الفتوى وبه العمل، لأنّ للإنسان التصرّف في ماله ونفقة جميعه في مرض الموت بغير خلاف. وفي هبة «الانتصار[٢٠] والغنية[٢١]» الإجماع عليه. وهو

---

(١) الوسيلة: في الوصايا ص ٣٧٢.

(٢) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١، وفي العتق ص ٣٨٩.

(٣) السرائر: في العتق ج ٣ ص ١٥، وفي الوصايا ص ٢١٧، وفي الهبة ص ١٧٦.

(٤) الجامع للشرائع: في الوقف ص ٣٧٣.

(٥ و١٦) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩١ و٩٢.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في الحجر ج ٩ ص ٢١٤.

(٧) كفاية الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٧٢ ـ ٧٣.

(٨) الوافي: ب ١٠ من أبواب الوصية ج ٢٤ ص ٦٣.

(٩) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الوصايا ج ١٣ ص ٣٨٥.

(١٠) هداية الاُمّة: في الوصايا ج ٧ ص ٣٠.

(١١) رياض المسائل: في الوصايا ج ٩ ص ٥٤٧.

(١٢) نقله عنهما في الرياض: في ج ٩ ص ٥٤٥.

(١٣) الكافي: في الوصايا ج ٧ ص ٧.

(١٤) يأتي في ص ٢٠٩.

(١٥) النهاية ونكتها: في الوصايا ج ٣ ص ١٧٧.

(١٧) رياض المسائل: في الوصايا ج ٩ ص ٥٤٥.

(١٨) السرائر: في العتق ج ٣ ص ١٥.

(١٩) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢١٣.

(٢٠) الانتصار: في الهبة مسألة ٢٦٢ ص ٤٦٥.

(٢١) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.

ـ أي الإجماع ـ ظاهر مهور «السرائر» أيضاً كما ستسمع[1].

قال في «الانتصار»: ممّا انفردت به الإمامية أنّ من وهب شيئاً في مرضه الّذي مات فيه إذا كان عاقلاً مميّزاً تصحّ هبته، ولا يكون من ثلثه بل يكون من صلب ماله. وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى أنّ الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث. دليلنا الإجماع المتردّد. ومثله معقد إجماع «الغنية» بدون تفاوت. وقال في مهور «السرائر[2]»: والصحيح من المذهب أنّ العطاء المنجّز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال لا من الثلث، لأنّه لا خلاف أنّ له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه، فلو كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحاً لما جاز ذلك. ولما كان تصحّ منه النفقة بحال، انتهى.

وتدلّ عليه الأخبار الكثيرة، وقد عقد له في «الوافي» باباً وسرد فيه أحد عشر خبراً، منها الموثّق المروي في الكتب الأربعة عن ابن أبي عمير عن مرازم عن عمّار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: الميّت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به، فإن تعدّى فليس له إلّا الثلث»[3]، كما في «الفقيه[4]» وبعض نسخ «الكافي[5]». وفي «التهذيب[6]» «فإن قال بعدي» مكان «فإن تعدّى» وهو أوفق بقوله «يبين» فإنّه من الإبانة، وهي العزل عن ماله وتسليمه إلى المعطى له في مرضه. وفي بعض نسخ «الكافي» هكذا: قال: قلت له: الميّت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به؟ قال: نعم، فإن أوصى به فليس له إلّا الثلث» وهو المناسب لما في «التهذيب».

وفي «الخبر» الصحيح إلى صفوان عن مرازم عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه، قال: إذا بان فيه فهو جائز وإن أوصى به فهو من الثلث[7].

---

(١) سيأتي بعد أسطر. (٢) السرائر: في النكاح ج ٢ ص ٥٩١.
(٣) الوافي: ب ١٠ من أبواب الوصية ح ٩ ج ٢٤ ص ٦٧ ـ ٧٠.
(٤) من لا يحضره الفقيه: في الوصية ح ٥٤٢٦ ج ٤ ص ١٨٦.
(٥) الكافي: في الوصايا ح ٧ ج ٧ ص ٨. (٦) تهذيب الأحكام: في الوصايا ح ٧٥٦ ج ٩ ص ١٨٨.
(٧) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الوصية ح ٤ ج ١٣ ص ٣٦٢.

وفي الحسن بإبراهيم عن أبي شعيب المحاملي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الإنسان أحقّ بماله ما دامت الروح في بدنه[1].

وفي خبر أبي بصير: «أنّ لصاحب المال أن يعمل به ما شاء مادام حيّاً، إن شاء وهبه، وإن شاء تصدّق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلّا الثلث[2].

إلى غير ذلك من أخبار الباب المذكورة في «الوافي».

ويدلّ عليه أيضاً غير أخبار هذا الباب صحيحة محمّد بن مسلم في «الفقيه والتهذيب» عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث، قال: يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي[3] وحسنته في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه؟ فقال: إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث وجاز العتق[4]. وهاتان واضحتان سنداً ودلالةً، ولعلّ الثانية أوضح دلالة بحيث لا مجال للمناقشة فيها، فلا تلتفت إلى ما قاله الشهيدان[5] والمحقّق الثاني[6] والكاشاني[7] من أنّ الأخبار به غير صحيحة.

ولعلّ هذا هو الّذي جرّأهم وغيرهم على المخالفة لقدماء الأصحاب العالمين بالسيرة واستمرار طريقة الشيعة، ومنهم خرجت الأخبار وبهم عرفنا السيرة والآثار. مضافاً إلى ما سمعته من الإجماعات والشهرة في المتقدّمين المتقدّمة في مثل

(١ و٢) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٨ و٢ ص ٣٨١ و٣٨٣.

(٣) من لايحضره الفقيه: في الوصية ح ٥٤٩٤ ج ٤ ص ٢١٢، تهذيب الأحكام: في الوصية ح ١٢ ج ٩ ص ١٩٤ ح ١٢.

(٤) الكافي: في الوصايا ج ٧ ص ١٦ ح ١، والتهذيب: في الوصية ح ٩ ج ٩ ص ٢١٩.

(٥) الشهيد الأوّل في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٤، الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الحجر ج ٤ ص ١٥٦.

(٦) جامع المقاصد: في الوصايا ج ١١ ص ٩٥.

(٧) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالثلث زاد أو ... ج ٣ ص ٢٢٥.

المقام على الشهرة المتأخّرة، مضافاً إلى الأصل بثلاثة معانٍ[١] والاستصحاب وأصالة صحّة العقود، وأدلّة تسلّط الناس على أموالهم عقلاً ونقلاً كتاباً وسنّةً وإجماعاً وعموم أدلّة صحّة الهبة والعتق والمحاباة مثلاً لو فعلها في مرضه. مضافاً إلى إطباق العامّة على القول بأنّها من الثلث كما في «الانتصار[٢] والمبسوط[٣] والسرائر[٤]» وظاهر «الغنية[٥] والتذكرة[٦]» والرشد في خلافهم.

فالأخبار المخالفة وإن صحّ بعضها تُحمل على التقية أو على الوصية أو على الاستحباب، وأنّ الأولى ترك المال للورثة مع عدم صحيح صريح في كونها كالوصية، ومنها صحيحة عليّ بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير[٧]. وصحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام

(١) يطلق «الأصل» في ألسنة الفقهاء على أربعة معان، الأوّل الراجح بمعنى الغلبة. الثاني القاعدة المستفادة من العمومات الّتي يجب الرجوع إليها عند الشكّ. الثالث المعنى اللغوي، بمعنى أنّ وضع العناوين المتداولة كالعتق والوقف والصدقة ونحوها على الفور والإخراج من الأصل بلا تأخير. الرابع الاستصحاب.

أمّا المعاني الثلاثة الأُولى فتطبيقها على المقام مختلف، فإنّ غلبة أفراد العقود في وقوعها عن أصل الملك ممّا لا ينكر. وأمّا القاعدة المستفادة من العمومات فلم نجد هذه القاعدة الّتي تستفاد من العمومات نعم تدلّ عليها قاعدة تسلّط الناس على أموالهم إلّا أنّها قاعدة مستقلّة غير مستفادة من دليل آخر. وأمّا الثالث فهو غير منطبق على المقام، وذلك لأنّ العناوين المذكورة كغيرها إنّما وضعت لماهية المعاني، وأمّا خصوصية كونها خارجة عن أصل المال أو عن ثلث المال فغير مندرج في وضعها وإنّما يتعيّن بالقرينة والدلالة المستقلّة. وأمّا الاستصحاب فإن كان بمعنى بقاء حقّ الاستفادة من المال إلى زمن المرض فقد بيّن في محلّه أنّه معارض باستصحاب عدم جعل حقّ الاستفادة المذكورة الأزلي، بل معارض أيضاً باستصحاب بقاء مازاد عن الثلث على ملك مالكه الأوّل، وأمّا إن كان بمعنى آخر فلا نفهمه. وممّا ذكرنا تعرف الخلل في ما أفاده الشارح في المقام، فتأمّل.

(٢) الانتصار: في الهبة ص ٤٦٥.
(٣) المبسوط: في العتق ج ٦ ص ٥٧.
(٤) السرائر: في العتق ج ٣ ص ١٥.
(٥) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٨٨ س ٢٣.
(٧) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٨ و٢ و٧ ج ١٣ ص ٣٦٣.

عن الرجل يموت ماله من ماله؟ فقال: ثلث ماله، وللمرأة أيضاً[١]. ونحوه صحيحة أبي بصير[٢]. وفي رواية عبدالله بن سنان بإسنادٍ فيه محمّد بن عيسى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: للرجل عند موته ثلث ماله، وإن لم يوص فليس على الورثة إمضاؤه[٣]. وهذه الأخبار قابلة للحمل على الوصية كما قاله الشهيدان[٤] وغيرهما[٥]. وفي الأخير إشعار أو ظهور بذلك، على أنّ الأوّل والثالث قابلان للحمل على التقية لمكان عليّ بن يقطين وعبدالله بن سنان.

وأمّا خبر عليّ بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت وأعتق مملوكاً ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه إلّا ثلثه، وسائر ذلك الورثة أحقّ به ولهم ما بقي[٦]. وهذه وإن كانت متضمّنة للعتق خاصّة إلّا أنّه لكونه سبباً في التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى. والقول بأنّها مخصوصة بالعتق خرق للإجماع المركّب، إذ لا قائل بالفصل كما في «غاية المراد[٧]» فيمكن حمله على الوصية، لأنّ حضور الموت قرينة منعه من مباشرة العتق، ويجوز نسبة العتق إليه، لكونه سببه القوي بواسطة الوصية. لكن في «كشف الرموز[٨]» أنّ الخبر مخصوص بالعتق فلا يعمّ. ولعلّ نظر الشهيد إليه.

ومثله خبر الحسن بن الجهم[٩] وخبر أبي بصير[١٠] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إن

(١ ـ ٣) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ و٧ ج ١٣ ص ٣٦٢ و٣٦٣.

(٤) الشهيد الأوّل في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٢، الشهيد الثاني في المسالك: في الوصايا ج ٦ ص ٣٠٦.

(٥) كالمحقّق الآبي في كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩١.

(٦) تهذيب الأحكام: في الوصية ح ٨٨١ ج ٩ ص ١٩٤.

(٧) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢١.

(٨) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩١.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب الوصايا ح ٤ ج ١٣ ص ٤٢٣.

(١٠) تهذيب الأحكام: في الوصية ح ٨٦٠ ج ٩ ص ٢١٩.

أعتق رجل خادماً ثمّ أوصى بوصية أُخرى أُلغيت الوصية وأعتق الخادم من ثلثه إلّا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية. ولا يخفى أنّ قول الراوي «أعتق» لعلّه ظاهر في أنّه أوصى بالعتق كما يشهد له قوله «ثمّ أوصى بوصية أُخرى». وقد وقع إطلاق الإعتاق على الوصية في بعض عبارات الأصحاب «كالخلاف[١] والغنية[٢]» وغيرها[٣] وفي صحيحة عبدالرحمن[٤] الطويلة. وجعل ذلك قرينة صارفة عن المعنى الحقيقي للإعتاق وهو المنجّز إلى الأعمّ منه ومن الوصية ليس بأولى من جعلها صارفة إلى المجاز الأخصّ وهو الوصية خاصة، والأصل والظواهر ترجّح الثاني.

وأمّا خبر أبي ولّاد[٥] ففيه أنّ مضمونه لا يقول به أحد كما في «المسالك[٦]» لأنّ الإبراء ممّا في الذمّة صحيح بالإجماع كما في «المسالك» أيضاً دون هبته، والحكم في الخبر بالعكس حيث قال: في الرجل يكون لامرأته عليه دَين فتبرئه منه، فقال: بل تهبه.

وأمّا ما استدلّوا[٧] به من الاعتبار من أنّ العطية المؤخّرة عن الموت لا تنفذ إلّا من الثلث فكذا المتقدّمة مراعاةً لجانب الورثة فهو مبنيّ على العلّة المستنبطة، مع أنّه قياس مع الفارق، لأنّ الإنسان ما دامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر، ولا كذلك الوصية بعد الموت.

ويه يجاب[٨] عن قولهم «لولا كون المنجّزات من الثلث لاختلّت حكمة حصر الوصية في الثلث» لأنّه لولا ذلك لالتجأ كلّ مَن يريد الزيادة في الوصية على الثلث

---

(١) الخلاف: في العتق ج ٦ ص ٣٦٣ مسألة ٢.
(٢) غنية النزوع: في العتق ص ٣٨٩.
(٣) كالجامع للشرائع: في العتق ص ٤٠٣.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب الوصايا ح ٥ ج ١٣ ص ٤٢٣.
(٥) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الوصايا ح ١١ ج ١٣ ص ٣٦٧.
(٦) مسالك الأفهام: في الوصايا ج ٦ ص ٣٠٩.
(٧) كما في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٠، والمسالك: في الوصايا ج ٦ ص ٣٠٧.
(٨) كما في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢١.

إلى العطايا المنجّزة فتختلّ الحكمة، وأنت خبير بأنّ الخوف من البرء يمنعه عن الزيادة بخلاف ما بعد الموت، فلا اختلال، وهذا حاصل بالوجدان.

ثمّ على تقدير كون العلّة منصوصة في الدليل الأوّل فهو منقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل، وهو النظر إلى الورثة والشفقة عليهم فينبغي أن يحجر عليه أيضاً.

والفرق بأنّ المال حال المرض في قوّة ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح، فغير صحيح، فكم من مريض عاش أكثر من صحيح، على أنّه ربّما كان في حال الطاعون أو المرامات الّتي يغلب معها الظنّ بالتلف أبلغ من المرض.

واستوضح ذلك في الوصية، فإن الشارع لم يفرّق فيها بين الصحيح والمريض فمنعهما إلّا من الثلث، ولمّا كانت منجّزات الصحيح من الأصل ولا حجر فلتكن كذلك في المريض. ولعلّ هذا أنسب بالحكمة، إذ ليس ببعيد أن يكون الوجه في الفرق بين الوصية والتنجيز سهولة إخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجرّي عليه مع حفظه له وشحّه عليه لمّا كان حقّه وماله. وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحيّ صحيحاً كان أو مريضاً، لأنّ البرء ممكن بل المريض لا ينقطع رجاؤه من الحياة إلى حال الاحتضار، والشحّ بالمال حينئذٍ بالجملة حاصل فيكون كتصرّف الصحيح حينئذٍ بماله لا مال غيره.

ثمّ إنّ الضابط عندهم في المنجّزات الّتي هي محلّ الخلاف أنّها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض والمشهور عندهم على الظاهر أنّه لا يشترط في حصول المرض أن يكون مخوفاً للعمومات من غير تخصيص كما هو خيرة المحقّق[1] والمصنّف[2] والمقداد[3] وغيرهم[4]. وما نسب الخلاف إلّا إلى الشيخ في

(١) شرائع الإسلام: في الوصايا ج ٢ ص ٢٦١.
(٢) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٩.
(٣) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٤٢٣.
(٤) كرياض المسائل: في الوصايا ج ٩ ص ٥٤٧.

«المبسوط[١]» لرواية عليّ بن يقطين المتقدّمة فإنّ فيها «عند الموت» وذلك لا يكون إلّا بأمارة الموت، وحملوه[٢] على أنّ معناه إذا حصل الموت، وهو أعمّ من المخوف وغيره. فعلى هذين الأصلين ـ أعني الضابط والمشهور ـ يجب على كلّ مَن مرض أن يأخذ طاموراً ويكتب فيه جميع ما يهديه إلى الطبيب وما يتصدّق به طلباً للعافية وما يصل به رحمه وما يتحف به العائدين له من بلدٍ إلى بلد من كسوةٍ وإطعام كما هو متعارف في بعض البلدان، إلى غير ذلك ممّا نعلم أنّ أصحاب هذا القول لا يعملون به، إلّا أن تقول: إنّ هذا مستثنى وإن أطلقوه ولم يصرّحوا به، وعلى تفصيل الشيخ في «المبسوط» يهون الخطب في الجملة.

وينبغي أن يستثنوا مهر مثل المنكوحة بالعقد الصحيح مع الدخول كما هو ظاهر «المبسوط[٣]» وصريح المصنّف[٤] وقد تردّد فيه المحقّق[٥]، وأن يستثنوا ما باعه بثمن المثل لجريان العادة به، ويجيء على قولهم قيام احتمال كون ذلك من الثلث لتعلّق غرض الورثة بأعيان الأموال ككتب العلم ونحوها، وهو اختيار المصنّف، لكنّه قال: إذا أوصى ببيعه كان من الثلث. وفي الفرق نظر، إذ الأعيان إن اعتبرت كانت من الثلث فيهما وإلّا فمن الأصل فيهما، وما إذا أعار ماله فإنّه قد فوّت عليهم أجرته، وما إذا خصّص بعض الغرماء بالإيفاء، لأنّه إخراج لبعض ما وجب عليه مع احتمال العدم لتساويهم في الاستحقاق، لكنّه ضعيف، وما نذره في مرضه، لعموم ما دلّ على إخراج كلّ واجب من الأصل، لكنّ الأقوى على قولهم العدم كتعلّق النذر بمالٍ ممنوع منه، وما إذا زوّجت المريضة نفسها بدون مهر المثل فإنّه يرثها فتكون قد فوّتت بعض المال بدون عوض مقابل.

(١ و٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٣ و٣٨.
(٢) كما في المسالك: في الوصايا ج ٦ ص ٣١٣، وغاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٦.
(٤) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣١.
(٥) شرائع الإسلام: في الوصايا ج ٢ ص ٢٦٢.

ولذلك ونحوه جعل في «غاية المراد[1]» في المسألة قولاً ثالثاً، وهو كونها من الثلث إلّا في مواضع بل له ذلك كلّه لكنّهم ما بالهم اختلفوا في الإقرار على أقوالٍ شتّى مع أنّ كلّ مَن قال إنّ المنجّزات من الأصل يلزمه القول بكون الإقرار من الأصل. وكذلك كلّ مَن قال إنّها من الثلث يلزمه القول بأنّه من الثلث كما قاله في «المهذّب البارع[2]» لكنّا قد تأمّلنا في ذلك في باب الإقرار[3] وأوضحناه فليراجع.

وكيف كان، فما بال أصحاب هذا القول اختلفوا على أقوال والأكثر منهم أنّه من الأصل مع عدم التهمة ومعها من الثلث إلّا أن تقول: إنّما قادهم إلى ذلك ضرورة الجمع بين الأخبار. قلت: ليس في أخبار هذه المسألة ما يدلّ على أنّه مع التهمة يكون من الثلث. نعم في الصحيح[4] عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلمّا حضرها الموت قالت له: إنّ المال الّذي أودعته إيّاك لفلانة، وماتت المرأة، وأتى أولياؤها الرجل فقالوا: إنّه كان لصاحبتنا مال ولا نرى مالها إلّا عندك فاحلف لنا ما لنا قبلك شيء، أيحلف لهم؟ فقال: «إن كانت مأمونة فيحلف لهم، وإن كانت متّهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان فإنّما لها من مالها ثلثه» إشعار بذلك، إذ وضع الحقّ على ما كان ظاهر في عدم نفوذ الإقرار في شيء مطلقاً. ولا ينافيه التعليل بأنّها لها من مالها ثلثه، لعدم تصريح فيه ولا ظهور في النفوذ من الثلث. نعم ربّما كان فيه إشعار ما به. ويبقى الكلام في بيان وجه التعليل ويمكن بيانه، واحتمال عود ضمير «لها» إلى «فلانة» بعيد جدّاً.

فلم يكن في الأخبار ما يدلّ صريحاً أو ظاهراً على أنّه ينفذ من الثلث مع

---

(١) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥١٦.

(٢) المهذّب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٤٢.

(٣) يأتي الكلام فيه في ج ٩ ص ٢٣٣ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الرابع والعشرين.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٣٧٧.

التهمة إلّا أن تقول قد اتّفقت كلمتهم على أنّ المقرّ له لا يحرم كما يستفاد من الأقوال في المسألة، واتّفقت على إعطائه من الثلث مع التهمة وإن اختلفت في الزيادة عليه على أقوال، وحينئذٍ يمكن الاستدلال عليه بمفاهيم الأخبار الآتية كصحيحة منصور [1] والموثّقة [2]. وكيف كان، فقد وافقوا أصحاب القول الثاني فيما إذا كان مأموناً.

فإن قلت: هذا مشترك الإلزام فإنّ الشيخ في «النهاية [3]» فصّل في الإقرار بين التهمة وعدمها في الإخراج من الأصل والثلث، وكان الواجب أن يقول من الأصل مطلقاً بناءً على ما اختاره في المنجّزات، فكان موافقاً لذلك القول فيما إذا كان متّهماً.

قلت: هو الشيخ في «النهاية» لا غير لأن كانت متون أخبار، وإلّا فهذا سلّار [4] وابن إدريس [5] وكاشف الرموز [6] على أنّه من الأصل. وهو ظاهر إطلاق «الخلاف [7] والغنية [8]» مدّعيين عليه الإجماع.

وبعد ذلك كلّه فقد يقال [9] في ترجيح القول الأوّل: إنّ القائل بالثاني قليل، إذ الصدوق والشيخ قد اختلفت فتاواهما، فانحصر الخلاف في المفيد والسيّدين والقاضي وابن حمزة وابن إدريس وكاشف الرموز ـ وهو من المتأخّرين ـ وظاهر الكليني. ويوهن إجماعاتهم مصير المتأخّرين عنهم إلى خلافها، ولو كان الأمر كما ذكروه ما خفي عن المتأخّرين، لأنّه ليس من الأحكام النادرة الوقوع، مضافاً إلى ضعف أخباره. ثمّ إنّها عامّة وأخبار القول الأوّل خاصّة والخاصّ مقدّم، مضافاً إلى أخبار العتق وأخبار الإقرار في مرض الموت وأنّه من الثلث إن كان متّهماً، إذ لو لم يكن محجوراً عليه لما احتاج إلى الاتّهام، مضافاً إلى ما ذكروه من موافقة الاعتبار.

(١ و٢) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ح ١ و٨ ج ١٣ ص ٣٧٦ و٣٧٨.

(٣) النهاية: في الوصايا ص ٦١٨.

(٤) المراسم: في الإقرار ص ٢٠١.

(٥) السرائر: في الإقرار ج ٣ ص ٢١٧.

(٦) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩١.

(٧) الخلاف: في الهبة ج ٣ ص ٥٧٣ مسألة ٢١.

(٨) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.

(٩) لم نعثر على قائله حسبما تصفّحنا فيما بأيدينا من الكتب.

بشرط موته في ذلك المرض. وإقراره كذلك إن كان متّهماً، وإلّا فمن الأصل سواء كان لأجنبي أو لوارث على رأي.

هذا أقصى ما يمكن أن يقال في ترجيح القول الأوّل، وأنت قد عرفت الحال في ذلك كلّه، فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير إليه بحيث يخصّص أُصول المذهب وقواعد الشريعة واستمرار السيرة، مضافاً إلى اعتضادها بالأخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجميع العامّة، الغير القابلة للتأويل، المعتضدة بالشهرة المعلومة والمنقولة بين المتقدّمين، المتعاضدة بالعمومات كتاباً وسنّةً، وبالإجماعات المتكرّرة من الّذين لا يعملون إلّا بالقطعيّات، وناهيك بعَلَم الهدى حاكياً وناقلاً، وبالاعتبار كما بيّنّاه، مع التأييد بأنّها لو لا صحّتها لما لزمت بالبرء، والتالي باطل إجماعاً مستفيضاً. والالتجاء إلى القول بأنّ البرء كاشف عن الصحّة واللزوم والموت كاشف عن البطلان فرع وجود دليل على ذلك حتّى نخرج به عن الأُصول ونجعله كالفضولي، مضافاً إلى جميع ما يلزم ذلك القول من استثناء ما عرفت. أفبعد هذا مَن توقّف؟ ولا أقلّ من التوقّف والاحتياط. وبيانه أنّه إن كان في الورثة يتيم جعلناها من الثلث وإن كانت العطية والهبة ليتيم قلنا إنّها من الأصل، لأنّ الفقيه إذا كان متوقّفاً كان في العمل والفتوى مخيّراً مع أولوية ترجيح جانب الاحتياط.

قوله: ﴿بشرط موته في ذلك المرض﴾ فلو برئ من مرضه ذاك ثمّ مات في مرضٍ آخر نفذت إجماعاً مستفيضاً في كتب الاستدلال بل هو منقول في «الشرائع [1]».

[حكم إقرار المريض إذا زاد عن الثلث]

قوله: ﴿وإقراره كذلك إن كان متّهماً، وإلّا فمن الأصل سواء كان

---

(١) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٦١.

لأجنبي أو لوارث على رأي﴾ في المسألة أقوال هذا أحدها، وقد نسبه الشهيد الثاني [١] والخراساني [٢] والكاشاني [٣] إلى الأكثر. وهو خيرة الشيخ في «النهاية [٤]» والقاضي [٥] والمحقّق في «الشرائع [٦]» والمصنّف في كتبه [٧] في عدّة مواضع من بعضها والشهيدين في «الدروس [٨] واللمعة [٩] والروضة [١٠] والمسالك [١١]» والمحقّق الثاني في عدّة مواضع من «جامع المقاصد [١٢]» وغيرهم [١٣]. وقد نسبه الشهيد الثاني [١٤] وغيره [١٥] إلى المفيد.

وقد عرفت مستندهم في الشقّ الأوّل والحال فيه. وأمّا الشقّ الثاني فاستندوا فيه إلى صحيحة منصور بن حازم [١٦] عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه دَيناً فقال: إن كان الميّت مرضيّاً فأعطه الّذي أوصى له. ونحوه الموثّق [١٧]. وقد يستدلّ بمفهومه على الشقّ الأوّل، لانعقاد الإجماع على أنّه لا يحرم، فيتعيّن أن يكون إعطاؤه

(١ و١١ و١٤) مسالك الأفهام: في الإقرار ج ١١ ص ٩٥ و٩٦.

(٢) كفاية الأحكام: في الوصية وج ٢ ص ٧٢.

(٣) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في المقرّ ج ٣ ص ١٥٩.

(٤) النهاية: في الوصايا ص ٦١٨.

(٥) المهذّب: في الإقرار ج ١ ص ٤١٩.

(٦) شرائع الإسلام: في الإقرار ج ٣ ص ١٥٢.

(٧) تبصرة المتعلّمين: في الوصايا ص ١٢٩، تحرير الأحكام: في الوصايا مسألة ٤٨٦٠ ج ٣ ص ٣٨٦، إرشاد الأذهان: في العطايا ج ١ ص ٤٦٦، تذكرة الفقهاء: في الإقرار ج ٢ ص ١٤٧ س ٣٦.

(٨) الدروس الشرعية: في الوصايا ج ٢ ص ٣٠٣.

(٩) اللمعة الدمشقية: في الإقرار ص ٢٣٠.

(١٠) الروضة البهية: في الإقرار ج ٦ ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨.

(١٢) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢١٤، وفي الإقرار ج ٩ ص ٢١١، وفي الوصايا ج ١١ ص ١٠٨.

(١٣) كالمحدّث البحراني في الحدائق: في الوصايا ج ٢٢ ص ٦١٥.

(١٥) كالحدائق الناضرة: في الوصايا ج ٢٢ ص ٦١٤.

(١٦ و١٧) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ح ١ و٨ ج ١٣ ص ٣٧٦ و٣٧٨.

لا من الأصل، وإلّا لاتحد المنطوق والمفهوم.

والقول الثاني: إنّه ـ أي الإقرار ـ ينفذ من الأصل في الوارث والأجنبي مطلقاً. وهو خيرة «الكافي[١] والمراسم[٢] والغنية[٣] والسرائر[٤] والجامع[٥] وكشف الرموز[٦]». وفي إقرار «السرائر» الإجماع عليه. واستدلّ لهم عليه في وصايا «السرائر[٧]» بأنّ الإجماع منعقد على أنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. واستدلّ عليه غيره[٨] بأنّه بإقراره يريد إبراء ذمّته من حقّ عليه في حال الصحّة، ولا يمكن التوصل إليه إلّا به، فلو لم يقبل إقراره بقيت ذمّته مشغولة وبقي المقرّ له ممنوعاً من حقّه، وكلاهما مفسدة. فقبول قوله أوفق بمقتضى الحكمة الإلهية.

وقد يقال[٩]: إنّ العموم مخصوص بالأخبار المتقدّمة في الشقّين، والتعليل قد يمنع باحتمال مجرّد حرمان الورثة مع عدم كون ذمّته مشغولة بشيء.

والإنصاف أنّ هذا القول ظاهر الخلاف أو صريحه كما فهمه ابن إدريس[١٠] وكاشف الرموز[١١] لا كما فهمه منه في «المختلف[١٢]» كما ستسمع. قال في «الخلاف[١٣]»: إذا أقرّ بدَينٍ في حال صحّته ثمّ مرض فأقرّ بدَينٍ آخر في حال مرضه نظر، فإن

(١) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٤، وفي الإقرار ص ٤٣٣.
(٢) المراسم: في الإقرار ص ٢٠١.
(٣) غنية النزوع: في الإقرار ص ٢٧٠.
(٤) السرائر: في الإقرار ج ٢ ص ٤٩٩.
(٥) الجامع للشرائع: في الإقرار ص ٣٣٨.
(٦) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩٠.
(٧ و ١٠) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢١٧.
(٨) مسالك الأفهام: في الإقرار ج ١١ ص ٩٤.
(٩) كما في الحدائق الناضرة: في الوصايا ج ٢٢ ص ٦١٤.
(١١) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩٣.
(١٢) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤١٨.
(١٣) الخلاف: في الإقرار ج ٣ ص ٣٦٧ مسألة ١٢.

اتّسع المال لهما استوفيا معاً، فإن عجز المال قسّم الموجود منه على قدر الدّينين. وحكاه أيضاً عن المبسوط [١].

الثالث: أنّه يمضي من الأصل مع العدالة وانتفاء التهمة مطلقاً ومن الثلث مع عدم الشرطين مطلقاً. وقد نسبه في «غاية المراد[٢]» إلى الشيخ في النهاية والقاضي ورواية الصدوق في الفقيه. والموجود في «النهاية[٣]» إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي والوارث إذا كان مرضيّاً موثوقاً بعدالته، فإن كان غير موثوق به وكان متّهماً، فإن لم يكن مع المقرّ له بيّنة أُعطي من الثلث. وهذا يصدّق ما حكيناه أوّلاً عن الشيخ في «النهاية» والقاضي. والظاهر أنّ مراده من الموثوق بعدالته غير المتّهم. وما أشار إليه من رواية «الفقيه» فهي صحيحة منصور بن حازم وقد سمعتها آنفاً.

وقال المحقّق الثاني [٤]: إنّ تصريح بعض الأصحاب باعتبار العدالة محلّ تردّد، وليس في الأخبار ما ينهض حجّة على اعتبارها. قلت: المصنّف في «التذكرة[٥]» قوّى اعتبار العدالة وجعلها هي الرافعة للتهمة، ولعلّه فهمه من خبر منصور من قوله عليه السلام «إن كان الميّت مرضيّاً» ولعلّ الأولى حمل التهمة على معناها وهو الظنّ المستند إلى القرائن الحالية والمقالية الدالّ على أنّ المريض لم يقصد الإخبار بالحقّ، وإنّما قصد تخصيص المقرّ له أو منع الوارث، والتهمة بهذا المعنى قد تجامع العدالة، لأنّ مناطها الظنّ بما ذكر، وهو لا يرفع العدالة الثابتة الّتي لا تزول بالظنّ.

الرابع: أنّه إن كان عدلاً مضى من الأصل وإلّا فمن الثلث.

الخامس: تعميم الحكم للأجنبي بكونه من الأصل، وتقييد ذلك في الوارث بعدم

---

(١) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢١٧.
(٢) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥١٨.
(٣) النهاية: في الوصايا ص ٦١٨ ـ ٦١٧.
(٤) جامع المقاصد: في الوصايا ج ١١ ص ١٠٩.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الإقرار ج ٢ ص ١٤٨ س ٦.

التهمة، فإن كان متّهماً كان بحكم الوصية. وهو قول ابن حمزة في «الوسيلة[١]».

السادس: التفصيل بالتهمة وعدمها للأجنبي في المضيّ من الثلث والأصل وللوارث من الثلث مطلقاً. وهذا للمحقّق في «النافع[٢]» واعترف المقداد[٣] بعدم معرفة قائل به غيره. قلت: قد وافقه بعد المقداد صاحب «إيضاح النافع».

السابع: أنّه يمضي من الثلث في حقّ الوارث مطلقاً، وهو قول الصدوق في «المقنع[٤]».

الثامن: قال الشهيد[٥]: أطلق الشيخ في الخلاف محاصّة الأجنبي للديّان إذا أقرّ له في المرض وصحّة الإقرار للوارث، ولم يبيّن كيفيّته. قال: قال شيخنا ـ يعني المصنّف ـ في المختلف: مراده ما فصّله في النهاية. وهو ردّ على ابن إدريس حيث قال: إنّه رجع عن ذلك في الخلاف. فليتأمّل في كون ذلك قولاً، وقد سمعت[٦] ما استظهرناه من الخلاف.

التاسع: ما قاله المفيد في «المقنعة[٧]» من أنّه إن أقرّ بدين كان إقراره ماضياً عليه، أي من الأصل. وإن كان عليه دين محيط بما في يده فأقرّ بأنّ ما في يده وديعة قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً وإن كان متّهماً لم يقبل إقراره. وقال: إن الوارث والأجنبي سواء.

العاشر: قول التقي في «الكافي[٨]» إذا كان الإقرار من حرّ كامل العقل سليم الرأي مريضاً كان أو صحيحاً، فإن كان مبتدأ ـ أي من دون تقدّم دعوى ـ وكان غير مأمون لم يمض إقراره، وإن كان مأموناً مضى إقراره، انتهى. فقد جعل المدار في الصحّة والبطلان على التهمة وعدمها من دون فرق بين الصحيح والمريض، فليتأمّل

---

(١) الوسيلة: في الإقرار ص ٢٨٤.
(٢) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٨.
(٣) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٤٢٦.
(٤) المقنع: في الوصايا ص ٤٨٢.
(٥) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥١٩.
(٦) تقدّم في ص ٢٠٩.
(٧) المقنعة: في الإقرار ص ٦٦٢.
(٨) الكافي في الفقه: في الإقرار ص ٤٣٣.

وإذا مات حلّ ما عليه من الديون دون ماله على رأي. والأقرب إلحاق مال السَلم والجناية به،

فإنّه مخالف لما عليه الأصحاب، فإنّ إقرار غير المأمون نافذ إلّا أن يكون مريضاً.

والأخبار في المقام كأنّها متشابهة، ففي صحيحة الحلبي[1] عن رجل أقرّ لوارث بدَين في مرضه أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مليّاً» وقد سمعت خبر منصور[2] حيث قال عليه‌السلام فيه: «إذا كان مرضيّاً» ونحوه الموثّق[3]. وفي صحيح إسماعيل بن جابر[4] قال: سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل أقرّ لوارث له وهو مريض بدَينٍ عليه، قال: يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث. وفي صحيح أبي ولّاد[5] مثله من دون تفاوت إلّا أنّه قال فيه «يجوز ذلك» ولم يتعرّض فيه لثلث ولا لما دونه. وصاحب «إيضاح النافع» قال: المراد من قوله عليه‌السلام «إذا كان مليّاً» ما كان دون الثلث. قلت: لعلّ المراد إذا كان الوارث الّذي أقرّ له مليّاً، لأنّ ملاءته قرينة على صدقه، أو المقرّ ويكون المراد مليّاً بالصدق والأمانة مجازاً، أو في الثلث وما دونه بأن تبقى ملاءته بالثلثين بعد الإقرار بالثلث. وعن «الصحاح[6]» مَلُؤَ الرجل صار مليّاً أي ثقة. وتمام الكلام في المسألة وفروعها في باب الإقرار[7].

[في حلول الدَين المؤجّل بموت الداين]

قوله: ﴿وإذا مات حلّ ما عليه من الديون دون ماله على رأي،

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٥ ج ١٣ ص ٣٧٨.

(٢ و٣) تقدّما في ص ٢٠٨.

(٤ و٥) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٣ و٤ ج ١٣ ص ٣٧٧.

(٦) الصحاح: ج ١ ص ٧٣ مادّة «ملأ».

(٧) يأتي في ج ٩ ص ٢٣٠ ـ ٢٣٥ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الرابع والعشرين.

والأقرب إلحاق مال السّلم والجناية به﴾ أمّا حلول ما عليه فعليه إجماع الفرقة بل إجماع المسلمين، وخلاف الحسن البصري قد انقرض كما في «الخلاف[١]» وبلا خلاف إلّا من الحسن البصري كما في «الغنية[٢]» وعليه الإجماع في «جامع المقاصد[٣]» والظاهر أنّه لا خلاف فيه كما في «الكفاية[٤]». وبه طفحت عباراتهم في المقام وفي باب الفلس حيث قالوا: لا تحلّ ديونه المؤجّلة بالتحجير عليه بخلاف الميّت.

ولا فرق في دَينه بين مال السلم والجناية المؤجّلة عليه وغيرهما عملاً بإطلاق النصوص والإجماعات والفتاوى. وكون أجل السلم يقتضي قسطاً من الثمن وأجل الجناية بتعيين الشارع، وبه يتحقّق الفرق بين الجنايات لا يدفع عموم النصّ، ففي خبر أبي بصير[٥]: «إذا مات الرجل حلّ ما له وما عليه من الدَين» وفي خبر السكوني[٦] أنّه قال: «إذا كان على الرجل دَين إلى أجل ومات الرجل حلّ الدّين» وفي مضمرة الحسين بن سعيد[٧]: «إذا مات فقد حلّ مال القارض» وقد وسمها في «الكفاية[٨]» بالصحّة، وهي كذلك لولا الإضمار. وعموم تأجيل الدية ومال السلم لا يعارض هذه العمومات ـ أعني عمومات حلول الدّين ـ كما في «الإيضاح[٩]» لأنّها خاصّة بالنسبة إليه، لأنّ الدية ومال السلم فردان من الدَين. ولو تمّ ذلك لكان طريقاً إلى بقاء الأجل في كلّ فرد. وفي «الإيضاح[١٠] وحواشي الشهيد[١١]» أنّ الأقوى أنّ مال السلم لا يحلّ بموته.

---

(١) الخلاف: في الحجر ج ٣ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢ المسألة ١٤.
(٢) غنية النزوع: في القرض ص ٢٤١.
(٣) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢١٥.
(٤ و٨) كفاية الأحكام: في المفلس ج ١ ص ٥٧٣.
(٥ ـ ٧) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب الدّين ح ١ و٣ و٢ ج ١٣ ص ٩٧.
(٩ و١٠) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٢.
(١١) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أما غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

ولا يحلّ المؤجّل بالحجر.

وأمّا عدم حلول ماله من الدّين ففي «الخلاف[1]» أنّه لا خلاف فيه بين المسلمين. وفي «الغنية[2]» نفي الخلاف فيه. وهو خيرة «المبسوط[3]» وجمهور من تأخّر عنه[4].

وفي «النهاية» أنّه يحلّ ماله. وبه قال أبو الصلاح والقاضي والطبرسي حكاه عنهم في «المختلف[5]» استناداً إلى خبر أبي بصير، وقد سمعته، وأنّه كما لو مات مَن عليه، والرواية ضعيفة مرسلة، والفرق بين موت مَن عليه ومَن له إنّا إن أمرنا الورثة بالتصرّف لزم الضرر على صاحب الدّين والميّت، وإن منعناهم لزم الضرر عليهم، فوجب القول بالحلول دفعاً لذلك بخلاف موت مَن له الدّين وقال عَلم الهدى في «الناصريّات[6]»: لا أعرف إلى الآن لأصحابنا فيها نصّاً معيّناً، وفقهاء الأمصار كلّهم يذهبون إلى أنّ الدّين المؤجّل يصير حالاً بموت مَن عليه الدّين، ويقوى في نفسي ما ذهب إليه الفقهاء. ويمكن أن يستدلّ عليه بقوله تعالى: ﴿من بعد وصيّة يوصي بها أو دين﴾[7] علّق القسمة بقضاء الدّين، فلو أخّرت تضرّرت الورثة، ولأنّه يلزم انتقال الحقّ من ذمّة الميّت إلى ذمّة الورثة، والحقّ لا ينتقل إلّا برضا من له، انتهى.

[في أنّه لا يحلّ المؤجّل بحجر الداين]

قوله: ﴿ولا يحلّ المؤجّل بالحجر﴾ للأصل مع عدم الدليل وعدم القول بالقياس.

---

(١) الخلاف: في المفلّس ج ٣ ص ٢٧١ مسألة ١٤.

(٢) غنية النزوع: في القرض ص ٢٤١.

(٣) المبسوط: في المفلّس ج ٢ ص ٢٧٤.

(٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٢١٥، والشهيد في الدروس: ج ٣ ص ٣١٢، وابن سعيد في الجامع للشرائع: ص ٢٨٥.

(٥) مختلف الشيعة: الدّين ج ٥ ص ٣٨٣.

(٦) الناصريّات: ص ٤٣٨ مسألة ٢٠١.

(٧) النساء: ١٢.

وديون المتوفّى متعلّقة بتركته، وهل هو كـتعلّق الأرش بـرقبة الجاني أو كتعلّق الدَين بالرهن؟ احتمال.

[في أنّ تعلّق الدَين بالتركة على أيّ نحو؟]

قوله: ﴿وديون المتوفّى متعلّقة بتركته، وهل هو كـتعلّق الأرش برقبة الجاني أو كتعلّق الدَين بالرهن؟ احتمال﴾ قد استوفينا بـلطف الله سبحانه وتعالى الكلام في المقام في باب الرهن[1] عندقوله «ولو رهن الوارث التركة وهناك دَين ... إلى آخره» وبلغنا فيه أبعد الغايات، وقد نقلنا عن جماعة كثيرين[2] أنّ التركة تبقى على حكم مال الميّت، ونقلنا عن جماعة[3] نسبته إلى الأكثر، وعن «السرائر[4]» نفي الخلاف في ذلك، وأكثرنا من الأدلّة عليه، وقلنا: إنّا لم نجد مصرّحاً بأنّ تعلّق الدَين بالتركة كتعلّق الأرش إلّا ما حكاه الشهيد[5] عن السيّد الرضي أخي عَلم‌الهدى رضي الله عنهما وإلّا ما يظهر من رهن الكتاب[6] وجامع المقاصد[7] حيث قرّبا صحّة رهن الوارث التركة، لكنّه في «جامع المقاصد» رجع عنه هنا ـ أعني في الباب ـ وبيّنّا أنّ القائلين بـأنّ التركـة تنتقل إلـى الورثـة جـمّ غـفير، وأنّ ظـاهـر

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٢٤ ـ ٣٣٠.

(٢) كالشيخ في الخلاف: في زكاة الفطرة ج ٢ ص ١٤٥ مسألة ١٨٠، والمبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٨، والعلّامة في المختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٩، وابن إدريس في السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢٠٢، والمحقّق في الشرائع: في الفرائض ج ٤ ص ١٦.

(٣) كالشهيد في المسالك: في الفرائض ج ١٣ ص ٦١، والمحقّق السبزواري في الكفاية: في الميراث ج ٢ ص ٨٠٧، والمحدّث الكاشاني في المفاتيح: في كون الإرث بعد الدَين ج ٣ ص ٣١٧.

(٤) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢٠٢.

(٥) الحاشية النجّارية: في الحجر ص ٧٤ السطر الأخير (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٦) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٣٤.

(٧) جامع المقاصد: في الرهن ج ٥ ص ٧١، وفي المريض ص ٢١٨.

ويظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع نفذ على الأوّل دون الثاني.

«التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» الإجماع عليه، وأنّ أصحاب هذا القول جزموا إلّا مَن قلّ فيما إذا استوعب الدَين التركة بأنّه يتعلّق بها تعلّق الرهن بالدَين، وإنّما تردّدوا بين الأمرين فيما إذا لم يستوعب كما أنّ جماعة في غير المستوعب على أنّ التعلّق فيه كتعلّق الرهن، وبيّنّا أنّ جماعة منهم فخر الإسلام[3] والمحقّق الثاني[4] في المقام على أنّه تعلّق مستقلّ.

ووجه «أنّ تعلّقه كتعلّق الأرش» أنّ الدَين يسقط بتلف التركة من غير تفريط من الوارث ولا يلزمه الضمان، كما لا يلزم المولى ضمان لو تلف الجاني لا من قبله، وأنّ تعلّقه بالتركة لا باختيار المالك كما أنّ تعلّق الأرش برقبة الجاني كذلك، وأنّه ليس للمدين إلّا أقلّ الأمرين من الدَين والتركة كما أنّ المجنيّ عليه ليس له إلّا أقلّ الأمرين من الأرش وقيمة الجاني، وليس الراهن كذلك في شيءٍ من الاُمور المذكورة. ووجه الثاني أنّ هذا التعلّق ناشئ عن دَينٍ سابق في ذمّة من كان مالكاً وأنّه يسقط بالأداء والمساوي في ذلك دَين الراهن.

وضعّفا[5] بأنّ مشابهته لكلّ من الأرش ودَين الرهن تقتضي أن لا يكون من قبيل واحدٍ منهما، وأنّ مجرّد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساواة في الماهية ليشتركا في باقي الأحكام.

قوله: ﴿ويظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع نفذ على

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ١٤ ص ٢٧٣.

(٢) جامع المقاصد: في الوصايا ج ١٠ ص ٢٥.

(٣) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٢.

(٤ و ٥) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢١٧.

الأوّل دون الثاني﴾ قد ذكرنا في الموضع المشار إليه آنفاً فيما إذا كان الدّين مستوعباً أنّ القائلين بأنّ التركة تبقى على حكم مال الميّت والقائلين بأنّها للورثة اتّفقوا على أنّ الوارث يمنع من التصرّف فيها إلى أن يوفّي الدّين أو يأذن الغرماء. حكى ذلك في «الإيضاح[1] والمسالك[2]» وظاهر «السرائر[3]» في باب قضاء دَين الميّت. قال في «الإيضاح»: أجمع الكلّ على أنّه إذا مات مَن عليه دَين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرّف فيها إلّا بعد قضاء الدّين وإذن الغرماء. ونحوه ما في «المسالك» وهو كذلك كما يشهد به التتبّع كما بيّنّاه هناك.

وأمّا إذا لم يستوعب الدّين التركة فهناك أمران: ما فضل منها عن الدّين وما قابله. أمّا الأوّل ففي ميراث «الكتاب[4] والدروس[5]» أنّه يمنع من التصرّف فيه وتكون التركة بأجمعها كالرهن. وهو خيرة «الإيضاح[6]» في الباب والرهن و«جامع المقاصد[7]» هنا و«إيضاح النافع» في باب الدّين. وهو ظاهر «المبسوط[8]». وأطلق في «السرائر[9]» قال: لا خلاف في أنّ التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدّين. وقال في باب قضاء الدّين[10]: أنّه الّذي تقتضيه أُصول مذهبنا للموثّق[11] عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل فرّط في إخراج زكاته في حياته فلمّا حضرته

---

(١) إيضاح الفوائد: في القضاء ج ٤ ص ٣٤٢.

(٢) مسالك الأفهام: في الإرث ج ١٣ ص ٦١.

(٣) السرائر: في الدّين ج ٢ ص ٤٥.

(٤) قواعد الأحكام: في الفرائض ج ٣ ص ٣٥٤.

(٥) الدروس الشرعية: في الميراث ج ٢ ص ٣٥٢.

(٦) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٣، وفي الرهن ص ٤١.

(٧) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢١٨.

(٨) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٨.

(٩) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢٠٣.

(١٠) السرائر: باب قضاء الدّين ... ج ٢ ص ٤٧.

(١١) وسائل الشيعة: ب ٤٠ من أبواب الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٤٢٥.

الوفاة حسب جميع ما كان فرّط فيه ممّا يلزمه من الزكاة، ثمّ أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى مَن تجب له؟ قال: جائز يخرج ذلك من جميع المال إنّما هو بمنزلة لو كان عليه دَين ليس للورثة شيء حتّى يؤدّوا ما أوصى به من الزكاة. ولا قائل بالفرق بين الوصيّة بالزكاة وغيرها، على أنّه ذكر فيه الدّين. ونحوه صحيحة سليمان ابن خالد[١] قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في دية المقتول أنّه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دَين. فهو دالّ بالمفهوم، وللآية الشريفة[٢] ولأنّه لا أولوية لبعضٍ على بعض في اختصاص التعلّق به، ولأنّ الأداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف، والميّت لمّا خرج عن صلاحية استقرار الدّين لذمّته وجب أن يتعلّق بكلّ ما يمكن أداؤه منه، لأنّ حدوث تعلّقه بالبعض الباقي عند تلف بعضه منتفٍ قطعاً، وأنّ الباقي إذا تلف قبل القضاء ضمن الوارث. وهذا يدلّ على أنّ التعلّق بجميع التركة، وإلّا فكيف يتعلّق بما يمتنع حدوث تعلّقه به ليجب بدله حيث يتعذّر.

واختار المصنّف هنا وفي قضاء «الكتاب[٣]» والشهيد في «حواشيه[٤]» على ميراث الكتاب و«جامع المقاصد[٥]» في المقام و«المسالك[٦] والكفاية[٧]» نفوذ التصرّف فيه ـ أي في الفاضل عن الدّين وهو قضيّة كلام «جامع الشرائع[٨]» للضرر والحرج وبعد الحجر في مالٍ كثير لأجل الدَين، بل يتقدّر بقدره مؤيّداً باستمرار طريقة الناس ويكون التصرّف مراعى بوفاء الباقي بالدّين، فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الإكمال،

---

(١) المصدر السابق: ب ١٠ من أبواب موانع الإرث ح ١ ج ١٧ ص ٣٩٣.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٤٦.

(٤) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٥) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢١٧.

(٦) مسالك الأفهام: في الفرائض ج ١٣ ص ٦٢.

(٧) كفاية الأحكام: في المواريث ج ٢ ص ٨٠٧.

(٨) الجامع للشرائع: في الدّين ص ٢٨٦.

فإن تعذّر الاستيفاء منه تسلّط المدين أو الحاكم على نقض تصرّفه.

وربّما استدلّ عليه بخبر البزنطي [١] بإسنادٍ له أنّه سئل عن رجل يموت ويترك عيالاً وعليه دَين أينفق عليهم من ماله؟ قال: إن استيقن أنّ الّذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم، وإن لم يستيقن فلينفق عليهم. ونحوه خبر آخر [٢] مثله بهذا المتن. وهما لا ينطبقان على ما ذكروه من التفصيل كما هو واضح، مع ما في الأخير ممّا حمل [٣] على السهو من بعض الرواة مع إمكان حملهما [٤] على أنّ ذلك على سبيل القرض والضرورة، مع أنّ أصحاب هذا القول ما ألمّوا بهما ولا وجدت أحداً منهم أخذ واحداً منهما دليلاً، والضرورة والحرج يندفعان بالاستئذان من المدين أو الدفع إليه أو إلى الحاكم إن عسر الوصول إليه أو العزل عند الثقة الأمين كما ذكروه في باب الدَين وأوضحنا الحال فيه هناك [٥]، والسيرة سيرة عوام، وإلّا فالعلماء مختلفون ومضطربون، وقد اتّفقوا على أنّه إذا مات حلّ ما عليه، وتعليلهم يقضي بأنّ الوارث ممنوع من التصرّف، على أنّ الآية ظاهرة في خلاف هذا القول، إلّا أن يقال: إنّ المراد من بعد وجودهما أي الوصية والدَين في المال الواسع لا من بعد عزلهما ولا من بعد وصولهما لأهلهما.

وممّا ذُكر يُعلم حال ما قابل الدَين من التركة، فليتأمّل جيّداً. وثمرة الخلاف ظاهرة على القول بأنّه كتعلّق الرهن والقول بأنّه كتعلّق الأرش. وأمّا القائل بأنّه تعلّق برأسه فيحتمل عنده أنّه ينفذ تمسّكاً بأصل الصحّة وأصالة عدم بلوغ الحجر إلى مرتبةٍ لا يكون التصرّف فيها معتبراً وأنّ في القول بالصحّة جمعاً بين الحقّين، ويحتمل العدم، لانتفاء فائدة التعلّق بدونه ولأداء النفوذ إلى ضياع المال. ومن أصحاب

(١ و٢) وسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب الوصايا ح ١ و٢ ج ١٣ ص ٤٠٧ و٤٠٨.
(٣) تقدّم ما يتعلّق به في ج ١٥ ص ٣٢٧ فراجع.
(٤) كما في الوسائل: من باب ٢٩ من أبواب الوصايا ذيل ح ٢ ج ١٣ ص ٤٠٨.
(٥) تقدّم في ج ١٥ ص ٤٣ ـ ٥٨.

وهل يُشترط استغراق الدَين؟ إشكالٌ أقربه ذلك، فينفذ تصرّف الوليّ في الزائد،

هذا القول المحقّق الثاني [١]، وقد قال: إنّ النفوذ أقوى، وقد تقدّم بيان ذلك كلّه في باب الرهن [٢].

قوله: ﴿وهل يُشترط استغراق الدَين؟ إشكالٌ أقربه ذلك﴾ أي هل يشترط لتعلّق الدَين بكلّ التركة أن يكون مستغرقاً لها بأن يكون بقدرها وأزيد؟ إشكال من حيث إنّا إنّما منعناه لحفظ مال الديّان، وهو يحصل بمنعه من قدر الدَين فيختصّ الحجر بقدره، ومن أنّه لا أولوية لبعضٍ على بعض في اختصاص التعلّق به إلى آخر ما سمعته آنفاً. وقد قرّب المصنّف هنا الاشتراط. وفي «الإيضاح [٣] وجامع المقاصد [٤]» الأصحّ أنّه لا يشترط، وهو الأصحّ كما عرفت.

[فيما يتصرّف الورثة في التركة قبل قضاء الدَين]

قوله: ﴿فينفذ تصرّف الوليّ في الزائد﴾ هذا ما حكيناه عنه آنفاً من أنّ الدَين إذا لم يستغرق التركة وتصرّف الوليّ ـ أي الوارث ـ ببيعٍ أو هبةٍ في الزائد عن الدَين نفذ تصرّفه وإن قلنا بأنّ تعلّقه بها كتعلّق الرهن، لأنّ الزائد على الدَين طلق لا حجر عليه فيه. وعلى القول بعدم اشتراط الاستغراق مع القول بأنّ تعلّقه كتعلّق الرهن لا ينفذ تصرّفه في شيء منها لتعلّقه بجميعها وثبوت المنع، وعلى القول بأنّه كتعلّق الأرش كانت التصرّفات نافذة على القولين ـ أي اشتراط الاستغراق وعدمه ـ وعلى القول بأنّها تبقى على حكم مال الميّت لا ينفذ شيء من التصرّفات.

(١ و ٤) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢١٧ و ٢١٨.

(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٣٥.

(٣) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٣.

فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث، فإن أُعسر فالوجه أنّ للمدين الفسخ، وعلى القول ببطلان تصرّف الوارث لو لم يكن في التركة دَينٌ ظاهر فتصرّف ثمّ ظهر دَينٌ ـ بأن كان قد باع متاعاً وأكل ثمنه وردّ بالعيب أو تردّى في بئرٍ حفرها عدواناً أو سرت جنايته بعد موته ـ احتُمل فساد التصرّف لتقدّم سبب الدَين، فأشبه الدَين المقارن،

قوله: ﴿فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث، فإن أُعسر فالوجه أنّ للمدين الفسخ﴾ أمّا ضمان الوارث فلأنّ ما تصرّف فيه حيث يتلف الباقي كأن يتعيّن للقضاء لو كان باقياً، وحيث تصرّف فيه الوارث وجب ضمانه، لأنّه إنّما يستقرّ استحقاقه إيّاه بعد وفاء الدَين، وهو تفريع على ما سبق أيضاً. وهذا ما أشرنا إليه آنفاً من أنّه يدلّ على تعلّق الدَين بجميع التركة، وإلّا فكيف يتعلّق بما يمتنع حدوث تعلّقه به ليجب بدله حيث تعذّر.

وأمّا الوجه في أنّه إذا أُعسر أن يتسلّط المدين على الفسخ فلأنّ تصرّفه إنّما جاز بشرط الأداء، ويحتمل العدم لتسويغه وثبوت الإذن فيه، وقد امتنع التعلّق به لخروجه عن الملك ودخوله في ملكٍ آخر. والصحيح الأوّل على تقدير الجواز.

وهذا أيضاً ممّا يدلّ على تعلّق الدَين بجميع التركة وإن قلّ. وخيرة «الإيضاح[1]» المنع من التصرّف مطلقاً والضمان به وإن لم يكن ناقلاً.

[في ظهور الدَين بعد تصرّف الورثة]

قوله: ﴿وعلى القول ببطلان تصرّف الوارث لو لم يكن في التركة دَينٌ ظاهر فتصرّف ثمّ ظهر دَينٌ ـ بأن كان قد باع متاعاً وأكل ثمنه وردّ بالعيب أو تردّى في بئرٍ حفرها عدواناً أو سرت جنايته بعد موته ـ

---

(١) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٣.

احتُمل فساد التصرّف لتقدّم سبب الدَين فأشبه الدَين المقارن﴾ يريد أنّه لمّا كان في هذه الفروض الثلاثة عهدة على الميّت ودرك ـ لأن كان المبيع معيباً والحفر في طريق المسلمين أو ملك الغير عدواناً بمعنى أنّه لا لمصلحة المسلمين ومن دون إذن المالك والجناية في محلّ السراية، وتلك العهدة وذلك الدرك كانا متعلّقين بذمّة الميّت قبل موته ولمّا مات تعلّقا بالمال ـ قام احتمال فساد التصرّف لتقدّم سبب الدَين، فيكون ذلك بمنزلة تقدّم الدَين، فيكون كالدَين المقارن في بطلان التصرّف في التركة معه.

وضعّف في «الإيضاح[1] وجامع المقاصد[2]» بأنّ تقدّم السبب لا يقتضي تقدّم المسبّب والمنع من التصرّف إنّما هو مع وجود الدَين لا لحدوثه لسبق وجود سببه، فلا يمكن أن يقال: إنّ الوارث ممنوع من التصرّف هنا بمجرّد وجود العهدة إذ لا دَين. ومقتضى العهدة وجوب تعلّق الحادث بالتركة. قلت: ما أشبهه بما إذا باع المشتري أو وقف أو وهب في مدّة خيار البائع فإنّهم قالوا: لا ينفذ إلّا بإذن البائع، والغرض أنّ هذا الاحتمال ليس بتلك المكانة من الضعف، بل لعلّه أقوى من الثاني كما ستسمع. وقولكما إنّه لا يمكن أن يقال إنّ الوارث ممنوع من التصرّف فيه أنّا لا نمنعه من التصرّف وإنّما نقول بفساده بعد حدوث الدَين، فلا منع ولا ضرر. ويأتي تمام الكلام.

ثمّ عد إلى عبارة الكتاب فقد قال في «جامع المقاصد[3]»: لو سكت عن قوله «ظاهر» في قوله «لو لم يكن في التركة دَينٌ ظاهر» لكان أولى، إذ ليس في هذا الفرض دَينٌ ظاهر ولا خفي. قلت: المراد ظاهر، إذ المراد دَين بالفعل وفي الحال. وقال في قوله «لو ظهر دَين» لو قال بدله «ثمّ حدث» لكان أولى. قلت: هو المراد وعبّر بالظهور لمكان وجود سببه، فلعلّ الظهور بملاحظة ذلك أولى. وقال في قوله «وأكل ثمنه» لا يحتاج إلى تقييده بكون الميّت أكل الثمن، بل يكفي تصرّف

(١) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٣.

(٢ و٣) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢٢٠.

وعدمه، فإن أدّى الوارث الدَين، وإلّا فسخ التصرّف،

الوارث في الجميع. قلت: كلام المصنّف يتمّ في جميع الصوَر ـ أعني ما إذا تصرّف الوارث في البعض أو الجميع ـ وكلام الشارح لا يتمّ فيما إذا كان الثمن عيناً وتصرّف فيما عداها ويعرف حينئذٍ ما ذكره الشارح من كلام المصنّف بالفحوى، والأمر سهل، أو نروي «أُكل» بالبناء للمجهول، وأنت خبير بأنّ الأصحّ على ما اخترناه في باب القصاص [1] أنّ السراية كاشفة، فلا تكون من سنخ الفرضين الآخرين.

قوله: ﴿وعدمه، فإن أدّى الوارث الدَين، وإلّا فسخ التصرّف﴾ أي يحتمل عدم فساد التصرّف في المسائل الثلاث، فعلى هذا إن أدّى الوارث الدَين فلا بحث، وإلّا فسخ المدين التصرّف ـ أعني البيع مثلاً ـ توصّلاً إلى أخذ دَينه من التركة. وفي «الإيضاح [2]» أنّه الأقوى. وفي «جامع المقاصد [3]» أنّه الأصحّ لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ ولتعلّق حقّ ثابت بالمبيع حين لم يكن حقّ آخر، ولا مانع من صحّة التعلّق، فإبطاله يحتاج إلى دليل.

قلت: يلزم مثل ذلك حرفاً فحرفاً فيما إذا باع المشتري في زمن خيار البائع من دون تفاوت، فتقدّم السبب كخيار البائع حقّ آخر مانع من صحّة التعلّق فلا ينفع التعلّق بالعموم، فكان الاحتمال الأوّل أشبه على القول ببطلان التصرّف، على أنّ في قولهم «ومقتضى العهدة وجوب تعلّق الحادث بالتركة» ما يرشد إلى ذلك، فتأمّل. وكأنّه اشتبه الحال على الشارحين حيث ظنّا أنّه يستلزم المنع من التصرّف كالدَين الموجود، وليس كذلك، والفرق بينهما أنّ الدَين الحاضر على هذا القول يمنع من التصرّف ويبطله والدَين الحادث لا يمنع من التصرّف لكنّه يبطله، فحاله كحال بيع

(١) يأتي في ج ١٠ ص ١٦١.
(٢) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٣.
(٣) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٢٠.

وعلى كلّ حال فللوارث إمساك عين التركة وأداء الدَين من خالص ماله.

وهل تتعلّق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج والثمرة؟ الأقرب المنع.

المشتري في زمن خيار البائع بل قد جوّز جماعة له الوطء في زمان الخيار، وهو الأقوى ولذا ترى المصنّف قال «وعلى القول ببطلان تصرّف» ولم يقل على القول بمنعه من التصرّف، فتأمّل.

[في أولويّة الورثة بأعيان التركة]

قوله: ﴿وعلى كلّ حال فللوارث إمساك عين التركة وأداء الدَين من خالص ماله﴾ قد قدّمنا في باب الرهن[1] أنّ الخصوم متسالمون في جميع الأحوال ـ أي على تقدير الاستيعاب وعدمه، وعلى الاحتمالات الثلاثة في التعلّق، وعلى تقدير انتقالها إلى الورثة أو بقائها على حكم مال الميّت ـ على أنّ المحاكمة للوارث فيما يدّعيه لمورّثه وما يدّعى عليه، وأنّه لو أقام شاهداً حلف هو دون الديّان، وأنّ الورثة أولى وأحقّ بأعيان التركة، لأنّها لا تنتقل إلى الغرماء إجماعاً.

قوله: ﴿وهل تتعلّق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج والثمرة؟ الأقرب المنع﴾ كما في «الإيضاح[2] وجامع المقاصد[3]». وقد بيّنّا في باب الرهن[4] أنّ من قال: بأنّ التركة تبقى على حكم مال الميّت استدلّ عليه فيما

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٢٥.

(٢) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٣.

(٣) جامع المقاصد: في المريض ج ٥ ص ٢٢١.

(٤) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٢٧.

استدلّ باستمرار الطريقة على دفع النماء في الدين، إذ لو اقتصر مقتصر على دفع الأصل في الدَين دون النماء لأنكروا عليه.

واحتجّ الشارحان على المنع بأنّ الملك يمتنع بقاؤه بغير مالك، والميّت يمتنع تملّكه، لانتفاء لوازم الملك عنه من عدم ثبوت الزكاة عليه ونحوه، فالمقتضي لتملّك الوارث موجود وهو الموت، والمانع ليس إلّا تعلّق الدَين بالتركة، وهو لا يصلح للمانعية لعدم المنافاة، ولم يبق إلّا مفهوم الآية الشريفة وهو ضعيف.

قلت: قد عرفت[1] أنّه في «السرائر» قال: لا خلاف في أنّ التركة لا تدخل في ملك الوارث ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدَين، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿من بعد وصيّة يوصى بها أو دَين﴾[2] ولقد تكرّرت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقادم عهد أربع مرّات، وما كانت عادته جلّ شأنه في بيان الأحكام ذلك بل يجمل ويحيل.

وقد استدلّ بها جماعة كالشيخ[3] وابن إدريس[4] و فخر الإسلام[5] والشهيد[6] وغيرهم[7] على عدم انتقال المال إلى الورثة، إذ المتبادر منها إنّما هو الملك والاستحقاق مثل: المال لزيد. ومن ثمّ ترى النحاة يسمّون هذه اللام لام الملك. فالحمل على استقرار الملك إعراض عن الظاهر إلى التأويل من دون دليل واضح. ولا ريب أنّ الظاهر أنّ الظرف لغو لا حال من الثلاث مثلاً حتّى يكون المعنى لكلّ ما وظّف له

(١) تقدّم في ص ٢١٧.
(٢) النساء: ١٢.
(٣) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٤٧ مسألة ١٨.
(٤) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢٠٢.
(٥) إيضاح الفوائد: في الحجر ج ٢ ص ٦٢.
(٦) الدروس الشرعيّة: في الميراث ج ٢ ص ٣٥٢.
(٧) كالمحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢١٨.

بالفرض أو غيره بعد الوصية والدَين، والكون أعمّ من الملك، فيجوز أن يكون المعنى أنّ ذلك يكون لهم بعد الأمرين على وجه الاستقرار بعد أن كان متزلزلاً.

فقد صحّ لنا أن نقول: إنّ المعلّق في الآية الشريفة إمّا الملك أو جواز التصرّف أو هما معاً أو لا واحد منهما، والأخير باطل كالثالث، لأنّه يستحيل تعلّق الملك على بعدية الدَين مع بقاء جواز التصرّف مطلقاً ـ أي أيّ تصرّف كان ـ حتّى يكون المعنى في أحد الوجهين أنّه لا يملك إلّا بعد الدَين ويجوز له التصرّف قبله، فتعيّن أحد الأوّلين. ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من اللام وعدم تبادر كون الظروف حالاً من الأنصباء. والتقدّم في قوله جلّ شأنه: ﴿من بعد وصيّة﴾ هو التقدّم الّذي أراده المتكلّمون، وهو أنّ المتأخّر لا يجامع المتقدّم كتقدّم عدم الحادث على وجوده وتقدّم بعض أجزاء الزمان على بعض، فلا يثبت ملك أو جواز تصرّف حتّى ينتفي المتقدّم. فكانت دلالة الآية من المنطوق لا من المفهوم كقولنا: يملك المبيع بعد العقد وإذا سلّم عليك فردّ عليه السلام وإذا باعك فاشتر. هذا كلّه مضافاً إلى الخبرين، وقد سمعتهما آنفاً[١].

وقد ذهب ناس إلى أنّ الميّت يملك على الحقيقة كالمحقّق في «الشرائع[٢]» في باب القصاص فيما إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال، والشهيد الثاني في وصايا «الروضة[٣]» ومال إليه الفخر في ميراث «الإيضاح[٤]» بل قالوا: قد يتجدّد له الملك كملكه لديته ولما يقع في شبكته. وكأنّهم استندوا إلى أنّهم أجمعوا على أنّ ديونه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه، ولا طريق له إلّا الملك. والحقّ أنّ ذلك كلّه على حكم ماله بحكم الدليل الّذي دلّ على ذلك ـ أي أنّ الميّت في حكم

(١) تقدّم ذكرهما في ص ٢١٩.
(٢) شرائع الإسلام: في القصاص ج ٤ ص ٢٢٠.
(٣) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٣٨.
(٤) إيضاح الفوائد: في الميراث ج ٤ ص ٢٠٥.

وتُحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبِلها الوارث، ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدَين على رأي.

المالك لعصمته به عن تعلّق ملك غيره به وصرفه في مصالحه ـ وأنّى يملك الميّت وبالموت تزول عنه الأملاك.

وأمّا إجماع «جامع المقاصد[1]» في وصاياه على أنّ المال لا يبقى بلا مالك، فلعلّه أراد ما اتّفق العلماء على نفيه من أنّه لا يبقى بلا مالك ولا مَن هو في حكمه، وإلّا فكيف يتمّ له ذلك والأكثرون من القدماء على أنّ التركة لا يملكها الوارث إذا أحاط بها الدَين، لكنّ كلامه في الوصايا صريح في أنّ المال لابدّ له من مالك حقيقة، فلا يجدي هذا التأويل في كلامه. وهو ممّا يفتّ في عضد إجماعه، على أنّه معارض بإجماع «السرائر» وقد سمعته[2]. وقد أطبقوا على أنّ من مات ولا وارث له إلّا مملوك أنّه يشترى من التركة ويعتق ليرثها، وقد بقي المال في هذه المدّة بلا وارث. ومثله ما لو أوصى بصرف مال معيّن في الصلاة أو الصيام أو الحجّ أو شراء الجصّ لبناء القناطر ونحو ذلك وهو كثير. وقد أجاب[3] عن الوصايا المذكورة بأنّ المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة، وهو كما ترى، وما ذا يقول في مال مَن مات ولا وارث له؟ وقد أشبعنا الكلام في باب الرهن[4].

[في أنّ الدية تُحسب من التركة]

قوله: ﴿وتُحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبِلها الوارث، ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدَين على رأي﴾ أمّا أنّ الدية تحسب من

(١ و ٣) جامع المقاصد: في الوصايا ج ١٠ ص ٢٥ ـ ٢٦.

(٢) تقدّم في ص ٢١٧.

(٤) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٩.

التركة فتقضى منها الديون والوصايا فقد طفحت به عباراتهم في مواضع من باب القصاص وفي باب الميراث وفي باب الديون والرهن والحجر، وانعقدت عليه إجماعاتهم، ودلّت عليه دلالة صريحة رواياتهم كخبر يحيى الأزرق[1] وروايات أبي بصير[2] وخبر عبدالحميد بن سعيد[3] حيث سأل الرضا عليه السلام عن رجل قُتل وعليه دَين ولم يترك مالاً وأخذ أهله الدية من قاتله، أعليهم أن يقضوا الدَين؟ قال: نعم ... الحديث.

فالقول[4] الشاذّ الّذي لانعرف قائله بأنّ الدية لا تصرف في الدّين لتأخّر استحقاقها عن الحياة لا يلتفت إليه. ومثله[5] الفرق بين دية الخطأ ودية العمد إذا رضي بها الوارث، فتقضى من الأُولى ديونه ووصاياه دون الثانية، فإنّه اجتهاد في مقابلة الإجماع والفتاوى والأخبار المطلقة وخصوص روايات أبي بصير وخبر عبدالحميد. وعبدالحميد يحتمل اتّحاده مع عبدالحميد بن سعد ومع عبدالحميد بن سالم الّذي وثّق[6] في ترجمة ابنه محمّد. وكيف كان، فرواية صفوان عنه تشير إلى الاعتماد عليه. وقد أجهد ابن إدريس نفسه في ردّ هذا الخبر، ولم يطعن فيه من جهة السند، وكذلك المصنّف في «المختلف» كما يأتي في المسألة الآتية.

وأمّا أنّه للوارث القصاص وإن لم يكن له مال ولم يكن عليه ضمان الديون وغيرها فهو خيرة قصاص «السرائر[7] والشرائع[8] والتحرير[9] والإرشاد[10]

(١ و ٣) وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب الدَين والقرض ح ١ و ٢ ج ١٣ ص ١١١ و ١١٢.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب الدّين والقرض ذيل الحديث ١ ج ١٣ ص ١١٢.
(٤ و ٥) نقلهما البحراني في الحدائق: في أحكام الدَين ج ٢٠ ص ١٨٢.
(٦) راجع جامع الرواة: ج ٢ ص ١٣٦.
(٧) السرائر: في أحكام الديات ج ٣ ص ٣٢٨، وذكر المسألة أيضاً في كتاب الدَين ج ٢ ص ٤٨ ـ ٤٩، والموضع الثاني أصرح.
(٨) شرائع الإسلام: في القصاص ج ٤ ص ٢٣١.
(٩) تحرير الأحكام: في كيفية استيفاء القصاص ج ٣ ص ٤٩٢.
(١٠) إرشاد الأذهان: في الجنايات ج ٢ ص ١٩٩.

والمختلف[1] والروضة[2] والمسالك[3]» وخيرة «الإيضاح[4] وجامع المقاصد[5]» في المقام. وهو ظاهر كلام «المبسوط[6]» أو صريحه. وهو الأشهر كما في «المسالك[7] والمفاتيح[8]» وعليه الحلّيون كما في «الدروس[9]» والإجماع ظاهر «السرائر[10]» أو صريحها كما أنّه ـ أي الإجماع ـ ظاهر «نكت النهاية[11]» وكذا «المختلف[12]».

والمخالف أبو عليّ والقاضي والتقي والكيدري وصفيّ الدين محمّد بن معد العلوي حيث قالوا فيما حكي[13] عنهم: أن ليس للأولياء القود إلّا بعد ضمان الديون. قلت: وهو خيرة «النهاية[14]». وفي «الغنية[15]» الإجماع عليه. وفي «المبسوط[16]» أنّه الّذي رواه أصحابنا. ونسبه في «الدروس[17]» إلى المشهور، وكأنّه مال إليه فيه وفي «غاية المراد[18]» ونقل القولين في «اللمعة[19]» من دون ترجيح. وحكي عن أبي منصور الطبرسي[20] أنّه إذا بذل القاتل الدية لم يكن للأولياء القود إلّا بعد ضمان الديون، وإن لم يبذلوا جاز لهم من دون ضمان.

---

(١) مختلف الشيعة: في القصاص ج ٩ ص ٢٨٥، وذكر المسألة أيضاً في كتاب الدّين ج ٥ ص ٣٨٢ بما هو أصرح من الموضع الأوّل.

(٢) الروضة البهية: في القصاص ج ١٠ ص ٩٨.

(٣ و٧) مسالك الأفهام: في القصاص ج ١٥ ص ٢٤٨.

(٤) إيضاح الفوائد: في الدّين ج ٢ ص ٦٤.

(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ٢٢٢.

(٦ و١٦) المبسوط: في القصاص ج ٧ ص ٥٦.

(٨) مفاتيح الشرائع: في أحكام القصاص ج ٢ ص ١٤٠ ـ ١٤١.

(٩ و١٧) الدروس الشرعية: في الدّين ج ٣ ص ٣١٣. (١٠) السرائر: في الدّين ج ٢ ص ٤٩.

(١١) النهاية ونكتها: في الدّين ج ٢ ص ٢٩. (١٢) مختلف الشيعة: في الدّين ج ٥ ص ٣٨٢.

(١٣) نقل عنهم الشهيد في غاية المراد: في الجنايات ج ٤ ص ٣٢٧.

(١٤) النهاية: في الديون ص ٣٠٩. (١٥) غنية النزوع: في القرض ص ٢٤١.

(١٨) غاية المراد: في الجنايات ج ٤ ص ٣٢٧. (١٩) اللمعة الدمشقية: في القصاص ص ٢٩٦.

(٢٠) حكى عنه العلّامة في المختلف: الدّين ج ٥ ص ٣٨٢، والشهيد في غاية المراد: في الجنايات ج ٤ ص ٣٢٨.

وليعلم أنّ القائل بعدم جواز القود بدون الضمان لعلّهم لابدّ لهم أن يقولوا بالأولوية ونحوها بعدم جواز العفو بدونه أيضاً. وقد حكم في «المبسوط [١]» في أوّل كلامه بأنّ لهم القصاص والعفو على مالٍ وبدونه. وصورة عبارة «النهاية [٢]»: لم يكن لأوليائه القود إلّا بعد أن يضمنوا الدية عن صاحبهم، فإن لم يفعلوا لم يكن لهم القود، وجاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم. ولعلّه أراد أنّه إن كانت الدية أزيد من الدّين جاز لهم العفو بمقدار نصيبهم الزائد. وقد نسب المصنّف والشهيد كلام النهاية إلى الجماعة الّذين ذكرناهم آنفاً، وفيه مسامحة، لأنّهم لم يتعرّضوا لجواز العفو لهم بمقدار نصيبهم.

حجّة الأوّلين الأصل بمعنيين والعمومات من الكتاب والسنّة الدالّة على ثبوت القصاص مطلقاً، سواء كان المقتول مديوناً معسراً أم لا من دون إيجاب ضمان.

واحتجّ للشيخ ابن إدريس [٣] بخبر عبدالحميد بن سعيد وقد سمعته [٤]، ثمّ قال في «السرائر»: ليس في الحديث إذا سلّم ما ينافي ما قلناه، لأنّه ما قُتل عمداً وإنّما قال «أخذ أهله الدية» وهذا يدلّ على أنّ القتل كان موجبه الدية فيكون خطأً. ثمّ قال: فإن قيل: قد قال في الخبر «فأخذ أهله الدية من قاتله» ولو كان خطأً محضاً ما أخذوها من القاتل، وأجاب بأنّه هنا عمد شبيه الخطأ. وأجاب في «المختلف [٥]» بأنّا نقول بموجبه، فإنّ الورثة لو صالحوا على الدية وجب قضاء الدّين منها.

وفي «غاية المراد»: الحقّ في الاحتجاج رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يُقتل وعليه دَين وليس له مال فهل للأولياء أن يهبوا دمه لقاتله؟ فقال: إنّ أصحاب الدّين هم الخصماء، فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل فجائز، وإن أرادوا القود فليس لهم ذلك حتّى يضمنوا الدّين للغرماء [٦]. وحكى [٧] عن المحقّق الاستدلال بها للشيخ.

---

(١) المبسوط: في القصاص ج ٧ ص ٥٥ و٥٦.
(٢) النهاية: في الدّين ص ٣٠٩.
(٣) السرائر: في الدّين ج ٢ ص ٥٠.
(٤) تقدّم في ص ٢٢٨.
(٥) مختلف الشيعة: في الدّين ج ٥ ص ٣٨٣.
(٦ و ٧) راجع غاية المراد: في القصاص ج ٤ ص ٣٢٨ والوسائل: ب ٢٤ من أبواب الدّين ح ٢ ج ١٣ ص ١١٢.

الفصل الخامس: في المفلّس

وفيه مطالب:

(الأوّل)

المفلّس لغةً مَن ذهب جيّد ماله وبقي رديّه فصار ماله فلوساً وزيوفاً.

قلت: قد أوردنا على الاستدلال بها وجوهاً ذكرناها في باب القصاص[1]. وقد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء، وقد تقدّم[2] شرحه. ومن الوجوه أنّها معارضة بخبري أبي بصير أيضاً، وأنّه يبعد الفرق بين الهبة والقود، وأنّه لم يظهر لنا الوجه في قوله عليه السلام «أصحاب الدّين هم الخصماء» وأنّ متعلّق الهبة عين المال، وهنا تعلّقت بغير عينٍ ومالٍ وهو الدم. والحاصل: أنّ هذه الروايات لم تتّفق اثنتان منها على حكم، ولم تدلّ واحدة على مختار النهاية، فلتُحمل على التقية، والشهرة معارضة بمثلها والإجماع بمثله، ويزيد الأوّل بنسبة المحقّق[3] قول الشيخ في النهاية إلى الندرة، وتمام الكلام في القصاص فإنّه مستوفى أتمّ استيفاء.

[في تعريف المفلّس لغةً وشرعاً]

قوله: ﴿الفصل الخامس: في المفلّس، وفيه مطالب: الأوّل: المفلس لغةً مَن ذهب جيّد ماله وبقي رديّه فصار ماله فلوساً وزيوفاً﴾ هذا تعريفه لغة، ونحوه ما في «الشرائع[4]» وهو معنى ما في «المبسوط» من أنّ المفلّس

---

(١) يأتي في ج ١٠ ص ١٠٨ ـ ١١٠ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الثامن والعشرين.
(٢) الظاهر أنّ مراده بما تقدّم هو ما تقدّم في ج ١٥ ص ٣٢٥ ـ ٣٢٨.
(٣) النهاية ونكتها: في الديون ج ٢ ص ٢٩.
(٤) شرائع الإسلام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٨٩.

وشرعاً مَن عليه ديون ولا مال له يفي بها. وهو شامل لمن قصر ماله ومَن لا مال له.

لغةً هو الفقير المعسر، وهو مشتقّ من الفلوس. وكأنّ معناه فني خيار ماله وجيّده وبقي معه الفلوس[١]. ونحوه ما في «التحرير» من أنّه مأخوذ من الفلوس الّتي هي أخسّ مال الرجل[٢].

وقال في «التذكرة[٣]»: الإفلاس مأخوذ من الفلوس، وقولهم أفلس الرجل كقولهم أخبث أي صار أصحابه خبثاء لأنّ ماله صار فلوساً وزيوفاً ولم يبق له مال خطير. وقولهم: أذلّ الرجل أي صار إلى حالة يذلّ فيها، وكذا أفلس أي صار إلى حالة يقال فيها ليس معه فلس أو يقال لم يبق معه إلّا الفلوس، أو كقولهم أسهل الرجل وأحزن إذا وصل إلى السهل والحزن، لأنّه انتهى أمره إلى الفلوس. والأصل أنّ المفلس في عرف اللغة هو الّذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته. ولهذا لمّا قال النبيّ صلى الله عليه وآله: أتدرون ما المفلس؟ قالوا: يا رسول الله المفلس فينا مَن لا درهم له ولا متاع، قال: ليس ذلك المفلس، ولكنّ المفلس مَن يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال، ويأتي وقد ظلم هذا وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن بقي عليه شيء أخذ من سيّئاتهم فيردّ عليه ثمّ صكّ في النار[٤].

وفي «القاموس» أفلس إذا لم يبق معه مال، فكأنّما صارت دراهمه فلوساً أو صار بحيث يقال ليس معه فلس، وفلّسه القاضي تفليساً حكم بإفلاسه[٥].

قوله: ﴿وشرعاً مَن عليه ديون ولا مال له يفي بها، وهو شامل

---

(١) المبسوط: في تعريف المفلّس ج ٢ ص ٢٥٠.
(٢) تحرير الأحكام: في تعريف المفلّس ج ٢ ص ٥٠٧.
(٣) تذكرة الفقهاء: في تعريف المفلّس ج ١٤ ص ٥.
(٤) البحار: ج ٧٢ ص ٦، وسنن البيهقي: ج ٦ ص ٩٣.
(٥) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٢٣٨ مادّة «الفَلس».

لمن قصر ماله ومَن لا مال له﴾ أي لأنّ السالبة لا تستدعي وجود الموضوع بخلاف قولنا لا مال له، لأنّه سالبة كلّية، بل المدار على العرف. وهذا التعريف نسبه في «المسالك» إلى أكثر الفقهاء منّا ومن العامّة[1]. وهو شامل لغير المحجور عليه كالصبيّ إذا استدان له الوليّ إلى هذه المرتبة، وكذا السفيه، وكذا المديون كذلك قبل الحجر، مع أنّ واحداً من هؤلاء لا يعدّ مفلّساً شرعاً، إذ التفليس إنّما يكون بحكم الحاكم. والحجر بالفلس لا يثبت إلّا بحكم الحاكم إجماعاً كما صرّح بذلك كلّه في «جامع المقاصد[2]» وستسمع ما في «المسالك».

وفي «المبسوط» المفلّس في الشريعة هو الّذي ركبته الديون وماله لا يفي بها[3]. وهو يعطي أنّ له مالاً لكنّه لا يفي لأنّها معدولة، بل المدار على العرف. وهو معنى ما في «التذكرة والتحرير» أنّه في الشرع اسم لمن عليه ديون لا يفي ماله بها[4] لكنّه نسبه إلى القيل في التذكرة وقال: إنّه يشمل من لا مال له البتّة ومن له مال قاصر[5]. وفيه نظر ظاهر. وتفسير النبيّ صلى الله عليه وآله مفلّس الآخرة يوافق ما في المبسوط. وعرّفه في «الشرائع» بأنّه هو الّذي جعل مفلّساً، وفسّره بأنّه منع من التصرّف في أمواله[6].

ولا يخفى أنّ الممنوع من التصرّف في ماله أعمّ من المفلّس، بل من الستّة الّتي عقد لها كتاب الحجر، ثمّ إنّ كلامه ـ أي المحقّق ـ يؤذن بأنّه لا يسمّى مفلّساً شرعاً حتّى يحجر عليه لأجل الفلس، بل في كلامه أنّ تفليسه هو الحجر عليه كما يقال: فلّسه القاضي إذ جعله وصيّره مفلّساً. وكلامهم في الباب مختلف، فمنهم مَن جعل

---

(١) مسالك الأفهام: المفلّس ج ٤ ص ٨٦.

(٢) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٢٣.

(٣) المبسوط: في تعريف المفلّس ج ٢ ص ٢٥٠.

(٤) تحرير الأحكام: في تعريف المفلّس ج ٢ ص ٥٠٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في تعريف المفلّس ج ١٤ ص ٦.

(٦) شرائع الإسلام: في تعريف المفلّس ج ٢ ص ٨٩.

التفليس هو الحجر المذكور كالمحقّق الأوّل والثاني، وهو الظاهر من كلام المصنّف كما ستسمع، فقبل الحجر لا يسمّى المديون مفلّساً عندهما وإن استغرقت ديونه أمواله وزادت عليها. ومنهم مَن اعتبره مفلّساً متى كان كذلك وإن لم يحجر عليه، ولهذا يقولون: الفلس من أسباب الحجر، ويقولون: لو مات المفلّس قبل الحجر عليه لم تترتّب الأحكام، ويقولون شرط الحجر على المفلّس التماس الغرماء له، إلى غير ذلك من الأحكام الّتي صار هذا الاسم بسببها حقيقة، لكثرة استعمال الفقهاء له بهذا المعنى. وإطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز إمّا بما يؤول إليه أو باعتبار المعنى اللغوي بعيد، كذا قال في «المسالك[١]». وقال في مقام آخر ـ عند قوله في الشرائع «لا يجوز حبس الغريم» ـ: إنّ المديون المعسر مفلّس[٢]. وردّه المقدّس الأردبيلي بأنّ كون المديون المعسر مطلقاً مفلّساً غير ظاهر شرعاً ولغةً[٣].

وقال في «المسالك» أيضاً: إنّ الحقّ أنّ الفلس سابق على الحجر ومغاير له وهو أحد أسبابه كما ذكروه، لا عينه ولا الحجر جزء مفهومه. نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلّس كما يقال فلّسه القاضي، لكنّه من باب إطلاق اسم السبب على المسبّب قال: وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلس والصغر كما إذا استدان الوليّ للصبي إلى هذه المرتبة، وكذا السفيه، ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبيّ للفلس، لأنّه ليس شرطاً في تحقّق مفهومه شرعاً. وعلى هذا فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه، يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له، وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله وليس عليه دَين، وينفرد الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دَين يزيد على ماله، وعلى ما يظهر من تعريف المحقّق يكونان متباينين[٤].

(١ و ٢) مسالك الأفهام: في المفلّس وشروطه ج ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦، وفي حبس المعسر ص ١٢٧.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٧٣.
(٤) مسالك الأفهام: في شروط المفلّس ج ٤ ص ٨٦.

فيحجر عليه في المتجدّد باحتطابٍ وشبهه.

والفلس سببفيالحجربشروط خمسة:المديونية،وثبوت الديون عند الحاكم، وحلولها، وقصورما فييدهعنها، والتماسالغرماء الحجر أو بعضهم.

ومرادهم بالمعنى الشرعي في المقام إمّا الحقيقة الشرعية أو ما ذكرناه في بـاب الرهن، وقد أسبغنا الكلام فيه[1].

قوله: ﴿فيحجرعليه في المتجدّد باحتطابٍ وشبهه﴾ أي يحجر على مَن لامال لهأصلاً، ويكون الحجرفي المتجدّد منأموالهالحاصلةمن معاملةٍ وغيرها كما صرّح بذلك أيضاً في «التذكرة[2]» ويأتي[3] تمام الكلام. وهذا يدلّ على ما أشرنا إليه آنفاً من أنّ معنى الفلس شرعاً لا يتحقّق إلّا بالحجر من الحاكم.

[في الشروط الّتي توجب حجر المفلّس]

قوله: ﴿والفلس سببفيالحجربشروط خمسة:المديونية،وثبوت الديون عند الحاكم،وحلولها،وقصور ما فييدهعنها،والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم﴾ يريد أنّ الفلس سبب فيأنّه يجب على الحاكمأن يحجر على المفلّسبالشروط الخمسة.وقد استدلّعليه ـأي الوجوب ـفي«الخلاف[4]»بإجماع الفرقة وأخبارهم. وقال أيضاً في مقامٍ آخر: عندنا أنّ للحاكم أن يحجر على مَن عليه الدَين. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لايجوز له الحجر عليه بل يحبسه

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٢١٨ ـ ٢٢٤. (٢) تذكرة الفقهاء: في التفليس ج ١٤ ص ٦.

(٣) سيأتي الكلام في ذلك في ص ٢٤٩ ويأتي في ذلك المكان حكم المصنّف‌ بعدم الحجر بالنسبة إلى المتجدّد، بل حكى هناك عن التذكرة الإجماع عليه، فانتظر.

(٤) الخلاف: في أحكام التفليس ج ٣ ص ٢٦٢ مسألة ١.

أبداً إلى أن يقضيه. دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم. قال: وقد أوردناها فيما مضى [١]. وقد استدلّ فيما مضى بخبري غياث بن إبراهيم وإسحاق بن عمّار. قلت: أمّا خبر غياث فقد رواه عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أنّ عليّاً عليه السلام كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه ثمّ يأمر به فيقسّم ماله [٢] ... الحديث وأمّا خبر إسحاق فقد تضمّن أنّه عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه [٣]، فتأمّل.

وفي «الغنية» يجب على الحاكم الحجر عليه بشروط أربعة، ثمّ ذكر أحكاماً كثيرة وادّعى إجماع الطائفة [٤]. وروى في «التذكرة [٥]» أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله حجر على معاذ بالتماسه [٦]. فلا يلتفت إلى قول مَن [٧] قال: إنّ الّذي دلّت عليه أخبار الباب أنّه بعد رفع الأمر إلى الحاكم يقسّم أمواله بين الغرماء إن وجد له مال، وأنّه لم يحجر الإمام عليه ولم يأمر به، فكيف يسوغ لنائبه وهو الفقيه أن يفعل ذلك؟! مع أنّه هو بنفسه قال: إنّ المشهور بين الأصحاب بل الظاهر أنّه لا خلاف بينهم أنّ المفلّس يجب الحجر عليه كما يحجر على الصبيّ والسفيه والمجنون، وستسمع كلام المقدّس الأردبيلي، ومنه أخذ القائل.

وقد جعل المصنّف هنا وفي «التذكرة [٨]» الشروط خمسة. والأكثر إنّما ذكروا الأربعة الأخيرة كالشيخ [٩] وابن زهرة [١٠] والمحقّق [١١] والمصنّف في «التحرير [١٢]

---

(١) الخلاف: في أحكام التفليس ج ٣ ص ٢٦٨ مسألة ٩.

(٢ و ٣) تهذيب الأحكام: في القضايا والأحكام ح ٨٣٣ و ٨٣٥ ج ٦ ص ٢٩٩.

(٤ و ١٠) غنية النزوع: في شروط التفليس ص ٢٤٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في التفليس ج ١٤ ص ٧.

(٦) سنن البيهقي: ج ٦ ص ٤٨.

(٧) القائل هو المحدّث البحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على المفلّس ج ٢٠ ص ٣٨٥.

(٨) تذكرة الفقهاء: في شرائط الحجر ج ١٤ ص ١٣.

(٩) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٥٠.

(١١) شرائع الإسلام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٨٩.

(١٢) تحرير الأحكام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٥٠٧.

والإرشاد[1]» وغيرهم[2]. ولعلّهم إنّما تركوا الأوّل لاستغنائهم عنه بثبوت الدّين عند الحاكم فإنّه فرع المديونية، كما أنّهم تركوا ما إذا لم يكن في يده شيء لعدم وجوب التحجير عليه حينئذٍ. ويأتي[3] بيان الحال في المتجدّد.

والمقدّس الأردبيلي ـ بعد أن ذكر هذه الشروط وما يترتّب عليها من الأحكام كمنعه من التصرّف المالي في الموجود والمتجدّد ونحو ذلك ـ قال: لعلّ دليل هذه الأحكام كلّها الإجماع[4]. ولعلّ لهم[5] بعض الأخبار من العامّة والخاصّة وما وقفنا عليها. قلت: هذه الشروط وما يتفرّع عليها كلّها قد قام الدليل عليها من إجماعٍ أو غيره. أمّا الشروط فقد حكى عليها الإجماع في «الخلاف[6]» وظاهر «الغنية[7]».

وبيان الدليل والوجه فيها على التفصيل أن نقول:

أمّا اشتراط كون ديونه ثابتة عند الحاكم فوجهه ظاهر، لأنّ الحجر إنّما يقع من الحاكم إجماعاً، وحينئذٍ فلابدّ من ثبوت الديون عنده.

وأمّا كونها حالّة فلأنّه مع كونها مؤجّلة لا وجه للحجر عليه لعدم استحقاق المطالبة، وربّما يجد الوفاء عند توجّه المطالبة، فلا وجه لتعجيل العقوبة.

---

(١) إرشاد الأذهان: في شروط المفلّس ج ١ ص ٣٩٦.

(٢) كما في الجامع للشرائع: في شروط المفلّس ص ٣٦١.

(٣) يأتي في ص ٢٥٦.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٢.

(٥) قوله «ولعلّ لهم بعض الأخبار ... إلخ» يمكن أن يكون من الشارح تسليماً وتأييداً لما حكاه عن الأردبيلي، ويمكن أن يكون من الأردبيلي نفسه وأنّه كان في نسخته من المجمع وإن لم يكن في المجمع المطبوع حسب عبارته الموجودة منه. ويدلّ على ذلك أنّ في عبارته إضافة لازمة لم يحكها الشارح فإنّ عبارته هكذا: ولعلّ دليل الكلّ الإجماع إلّا التصرّف في المال المتجدّد فإنّه يجيّ الإشكال فيه، انتهى. ويؤيّده اختلاف نسخ المجمع وتشطّط عبارته كما بيّنه أهل التراجم، فراجع المجمع ج ٩ ص ٢٤٢.

(٦) الخلاف: في أحكام التفليس ج ٣ ص ٢٦٢ مسألة ١.

(٧) غنية النزوع: في شروط التفليس ص ٢٤٨.

وأمّا اشتراط كون أمواله قاصرة فلأنّها لو كانت زائدة أو مساوية فلا حجر عليه إجماعاً كما في «التذكرة [1]» في موضعين منها و«التحرير [2] وجامع المقاصد [3] والمسالك [4] والروضة [5]» بل يطالب بالديون، فإن امتنع تخيّر الحاكم بين حبسه إلى أن يقضي بنفسه وبين أن يقضي عنه من ماله ولو ببيع ما خالف الحقّ. ولا فرق في ذلك بين مَن ظهرت عليه أمارات الفلس ـ مثل أن تكون نفقته من رأس ماله ـ أو يكون ما في يده بإزاء دَينه ولا وجه لنفقته إلّا ما في يده، ومَن لم تظهر كمن كان كسوباً ينفق من كسبه، خلافاً للشافعي [6] حيث جوّز الحجر على المساوي في أحد أقواله، وعلى مَن ظهرت عليه أمارات الفلس في آخر، ووافقنا في ثالث.

وأمّا اشتراط التماس الغرماء أو بعضهم فلأنّه ليس للحاكم أن يتولّى ذلك من دون طلبهم، لأنّه حقّ لهم وهو لمصلحة الغرماء والمفلّس، وهم ناظرون لأنفسهم لا حكم للحاكم عليهم. نعم لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كان له الحجر، لأنّه الغريم في الحقيقة، فله التماس ذلك من نفسه وفعله، كما لو كانت لمجانين أو أطفال أو لمحجور عليهم بالسفه وكان وليّهم الحاكم، هذا إذا التمس الكلّ.

وأمّا إذا التمس البعض فإنّما يحجر عليه إذا كانت ديون ذلك البعض لا يفي ماله بها ـ كما يأتي ـ لانتفاء بعض الشروط لو وفى بها، لأنّ دَين غير الملتمس ليس للحاكم الحجر لأجله، فهو بالنسبة إلى الحجر بمنزلة المعدوم. فإذا حجر لأجلهم لم يختصّ الحجر بهم بل يعمّ أثره الجميع. وأمّا إذا كانت ديونه ـ أي البعض الملتمس ـ تفي

---

(١) تذكرة الفقهاء: في شرائط الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ١٣ و١٤.

(٢) تحرير الأحكام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٥٠٨.

(٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٢٣.

(٤) مسالك الأفهام: في شروط المفلّس ج ٤ ص ٨٦.

(٥) الروضة البهية: في شروط المفلّس ج ٤ ص ٤١.

(٦) المجموع للنووي: في التفليس ج ١٣ ص ٢٧٨ ـ ٢٨٠، كفاية الأخيار لأبي بكر الشافعي: ج ١ ص ١٦٦.

ويُحتسب من جملة ماله معوّضات الديون.

بها ولم تكن زائدة على أمواله فقد قرّب في «التذكرة» جواز الحجر وأنّه لا ينتظر التماس الباقين لئلّا يضيع على الملتمس ماله[1]. وفي «جامع المقاصد» أنّ عموم الحجر للجميع لا يكاد يتخرّج إلّا على هذا الوجه، وفي هذا الوجه قرب[2].

[من جملة مال المفلّس معوّضات الديون]

قوله: ﴿ويُحتسب من جملة ماله معوّضات الديون﴾ كما في «الشرائع[3] والتحرير[4] والتذكرة[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» وقد نبّهوا بذلك على خلاف بعض العامّة[8] حيث زعم أنّها لا تقوّم، لأنّ لأربابها الرجوع فيها فلا تحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دَينه. والشيخ في «المبسوط[9]» اقتصر على ذكر الوجهين من دون ترجيح. والمراد بها الأموال الّتي ملكها بعوض ثابت في ذمّته كالأعيان الّتي اشتراها واستدانها، وإنّما احتسبت من جملة أمواله لأنّها ملكه الآن وإن كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين أن لا يرجعوا ويطالبوا. وكما تحتسب من أمواله تحتسب أعواضه من جملة ديونه. وضمير «أمواله» يعود إلى المديون الّذي يراد تعلّق الحجر به لدلالة المقام عليه.

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في شرائط الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢١ و١٥.
(٢ و٦) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٢٤.
(٣) شرائع الإسلام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٨٩.
(٤) تحرير الأحكام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٥٠٧.
(٧) مسالك الأفهام: في شروط المفلّس ج ٤ ص ٨٧.
(٨) كما في المجموع: ج ١٣ ص ٢٧٨.
(٩) المبسوط: في شرائط الحجر ج ٢ ص ٢٧١.

ولو حجر الحاكم تبرّعاً لظهور أمارة الفلس أو لسؤال المديون لم ينفذ. نعم، يحجر الحاكم لديون المجانين والأيتام دون الغيّاب.

[فيما لو حجر الحاكم المفلّس تبرّعاً]

قوله: ﴿ولو حجر الحاكم تبرّعاً لظهور أمارة الفلس أو لسؤال المديون لم ينفذ﴾ أمّا الأوّل فالظاهر أنّه محلّ وفاق، إذ لم أجد فيه مخالفاً حتّى من العامّة، بل الظاهر أنّه لايجوز له ذلك. وأمّا الثاني فلا أجد فيه مخالفاً إلّا ما ذكره في «التذكرة» كما ستسمع. وفي «المسالك[1] والكفاية[2]» أنّه المشهور، لأنّ الحجر عقوبة والرشد والحرّية ينافيانه، فلا يصار إليه إلّا بدليل صالح. وإنّما يتحقّق بالتماس الغرماء، كذا قال الشافعي[3] في أحد وجهيه، ووافقه جماعة[4] من أصحابنا في التوجيه المذكور. والأصل فيه الإجماع كما عرفت آنفاً. وقد نقول: يجوز له ذلك لاعلى وجه الإلزام بل نظراً لمصلحته. وقال في «التذكرة»: الأقرب عندي جواز الحجر عليه، لأنّ في الحجر مصلحة للمفلّس كما فيه مصلحة للغرماء، وكما أجبنا الغرماء حفظاً لحقوقهم كذا يجب أن يجاب المفلّس تحصيلاً لحقّه، وهو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة والإثم، وقد روي[5] أنّ حجر النبيّ صلى الله عليه وآله على معاذ كان بالتماس من معاذ دون طلب الغرماء. وهو أحد وجهي الشافعي[6]. والحجّة اعتبارية والخبر لا جابر له.

قوله: ﴿نعم، يحجر الحاكم لديون المجانين والأيتام دون الغيّاب﴾

---

(١) مسالك الأفهام: في شروط المفلّس ج ٤ ص ٨٨.

(٢) كفاية الأحكام: في المفلّس ج ١ ص ٥٧٢.

(٣) كفاية الأخيار لأبي بكر الشافعي: ج ١ ص ١٦٦.

(٤) كما في المسالك: ج ٤ ص ٨٨، وكفاية الأحكام: ج ١ ص ٥٧٢، والحدائق: ج ٢٠ ص ٣٨٣.

(٥) سنن البيهقي: ج ٦ ص ٤٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: في شرائط الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢١.

ولو كان بعض الديون مؤجّلاً فإن كانت الحالّة يجوز الحجر بها حُجرمع سؤال أربابها، وإلّا فلا، ثمّ يقسّم فيأرباب الحالّة، ولا يدّخر للمؤجّلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لايحجر بها ابتداءً.

أمّا تحجيره لديون المجانين والسفهاء إذا كان له الولاية عليهم فقد تقدّم[1] بيانه، وأمّا عدم تحجيره لديون الغيّاب فلأنّ الحاكم لا يستوفي ما للغياب في الذمم بل يحفظ أعيان أموالهم كما في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]».

[في ما لو كان بعض الديون خاصّة موجّلاً]

قوله: ﴿ولو كان بعض الديون مؤجّلاً، فإن كانت الحالّة يجوز الحجر بهاحُجر مع سؤال أربابها، وإلّا فلا،ثمّ يقسّم في أرباب الحالّة، ولايدّخر للمؤجّلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لايحجر بها ابتداءً﴾ لو كان بعض الديون حالاً والباقي مؤجّلاً، فإن وفت أمواله بالديون الحالّة فلا حجر لعدم اعتبار الديون المؤجّلة، وإن قصرت وجب الحجر.

وإذا حجر عليهبالديون الحالّة لم تحلّ عليه الديون المؤجّلة، لأنّ المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدّةالأجل، بخلاف الميّت فإنّه لايتوقّع منه اكتساب، ولأنّه دَين مؤجّل على حيّ فلا يحلّ قبل أجله كغير المفلّس، بخلاف الميّت فإنّ ذمّته قد بطلت. وليس الإفلاس سبباً في تعلّق الدَين بالمال كالموت لما عرفت من الفرق. كما أنّ الجنون عندنا لا يوجب الحلول، فتقسّم أمواله بناءً على عدم حلول المؤجّلة علىالديونالحالّة، ولايدّخرشيء لأصحاب المؤجّلة وإن كان في الديون

---

(١) تقدّم في ص ٢٤٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في شرائط الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢١.

(٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٢٥.

أمّا لو سأل بعض أرباب الديون الحالّة حجرعليه إن كان ذلك البعض يجوز الحجر به، ثمّ يعمّ الحجر الجميع.

ولـو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق مـن كسبه فلا حجر، بل يكلّف القضاء، فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه.

المؤجّلةماكان ثمن مبيع وهوقائم عند المفلّس، بل يقسّم على الديون الحالّة، ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لأصحاب الـديون المؤجّلة كما لا يحجر بها ابتداء، لعدم استحقاقهم المطالبة حينئذٍ.

[فيما لو طلب بعض أرباب الديون الحالة]

قوله: ﴿أمّا لو سأل بعض أرباب الديون الحالّة حُجر عليه إن كان ذلك البعض يجوز الحجر به، ثمّ يعمّ الحجر الجميع﴾ قد سمعت آنفاً ما قاله في «التذكرة» من أنّه لو لم تكن ديون السائل زائدة على أمواله فالأقرب جواز الحجر وما أيّده به في «جامع المقاصد».

والوجه في أنّ الحجر يعمّ الجميع أنّ الجميع مستحقّون للمطالبة كما أنّها جميعها ثابتة، فلا يختصّ بأمواله مَن انفرد بالالتماس. ومن ثمّة لو ظهر غريم سابق على الحجر شارك.

[فيما لو ساوى المال الديون والمديون كسوب]

قوله: ﴿ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلّف القضاء، فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه﴾ قد تقدّم[1] الكلام في ذلك كلّه.

---

(١) تقدّم في ص ٢٣٥ ـ ٢٣٧.

وكذا غير الكسوب إلى أن يقصر المال وإن قلّ التفاوت.

ويستحبّ إظهار الحجر لئلّا يستضرّ معاملوه.

ثمّ للحجر أحكام أربعة منعه من التصرّف وبيع ماله للقسمة والاختصاص والحبس.

قوله: ﴿وكذا غير الكسوب إلى أن يقصر المال وإن قلّ التفاوت﴾ يريد أنّ غير الكسوب لا يحجر عليه إلى أن يقصر المال عن الديون ولو قليلاً. وهو معنى قوله «وإن قلّ التفاوت» فيحجر عليه عند القصور لا قبله. والمخالف بعض [1] العامّة.

[في استحباب اظهار الإفلاس للمفلّس]

قوله: ﴿ويستحبّ إظهار الحجر لئلّا يستضرّ معاملوه﴾ كما في «المبسوط [2] والتحرير [3] والتذكرة». قال في الأخير: يستحبّ للحاكم الإعلام بالحجر والنداء على المفلّس، ويشهد الحاكم عليه بأنّه قد حجر عليه والإعلان بذلك بحيث لا يستضرّ معاملوه [4].

[في بيان أحكام الحجر]

قوله: ﴿ثمّ للحجر أحكام أربعة: منعه من التصرّف، وبيع ماله للقسمة، والاختصاص، والحبس﴾ كما في «التذكرة [5] والإرشاد [6]» وجعل الرابع في

---

(١) كما في كفاية الأخيار لأبي بكر الشافعي: ج ١ ص ١٦٦.

(٢) المبسوط: في أحكام الحجر ج ٢ ص ٢٨٥.

(٣) تحرير الأحكام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٥٠٧.

(٤ و ٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٣.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨ ـ ٤٠٠.

(المطلب الثاني) في المنع من التصرّف:

ويُمنع من كلّ تصرّف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر، بعوضٍ أو غيره، ساوى العوض أو زاد أو قصر،

«التحرير[1]» المنع من حبسه لا حبسه كما هنا. واقتصر في «الشرائع[2]» على الثلاثة الأُول، وهي الّتي عدّها في «المبسوط[3]» ثلاثة، وذكر الحبس بعنوان آخر. ولم يتّضح لنا الوجه في جعل الحبس من أحكام المفلّس، فإنّ المفلّس هو الّذي حجر عليه الحاكم ومنعه من التصرّف، فلا معنى لحبسه ولا لمماطلته ولا لبيعه بنفسه ولا البيع عليه. والحاصل: أنّ الحبس مخصوص بغير المفلّس، إذ لا خلاف على الظاهر في تحريم حبس المفلّس بل ومطالبته وأذاه. فقوله في «المسالك» في مناقشة الشرائع في أواخر الباب: «ولا يختصّ هذا الحكم بالمفلّس»[4]، غير جيّد، بل ولا صحيح، لأنّه خاصّ بغير المفلّس، وقد سمعت ما في «التحرير» كما قد عرفت أنّ الشيخ والمحقّق غيّرا الأُسلوب وتركا ذكر الحبس، والأمر واضح.

[في منع المحجور من التصرّف في المال الموجود]

قوله: ﴿المطلب الثاني: في المنع من التصرّف، ويُمنع من كلّ تصرّف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوضٍ أو غيره، ساوى العوض أو زاد أو قصر﴾ هذا نبّه عليه في «المبسوط[5]» وأشار إليه في «الشرائع[6]» وبعد ضمّ

---

(١) تحرير الأحكام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٥٠٨.

(٢) شرائع الإسلام: في شروط المفلّس ج ٢ ص ٨٩.

(٣ و ٥) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٥٠ و ٢٧٢ و ٢٥١.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الحجر ج ٤ ص ١٢٧.

(٦) شرائع الإسلام: في المفلّس ج ٢ ص ٨٩ ـ ٩٠.

كلا ميهما من أطرافهما بعضه إلى بعض يوافق ما في الكتاب. وبه صرّح في «التحرير[١] والإرشاد[٢] والروضة[٣]» وكذلك «المسالك[٤] واللمعة[٥] ومجمع البرهان» وفي الأخير لعلّ دليل الكلّ الإجماع[٦]. وظاهر «الخلاف[٧]» وكذا «الغنية[٨]» الإجماع على منعه من التصرّف بماله بما يبطل حقّ الغرماء.

واحترز بالتصرّف المبتدأ عن التصرّف في ماله بمثل الفسخ بخيار، لأنّه ليس بابتداء تصرّف، بل هو أثر أمرٍ سابقٍ على الحجر. وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقاً فله الفسخ به.

وهل يعتبر في جواز الفسخ الغبطة أم يجوز اقتراحاً؟ الأقوى الثاني كما هو خيرة المحقّق الثاني[٩] والشهيد الثاني[١٠]. وهو قضيّة كلام «الشرائع[١١]» وبه صرّح في «المبسوط[١٢]» وكذا «التحرير[١٣]» نظراً إلى أصل الحكم وإن تخلّفت الحكمة. قلت: قد نصّ في «التذكرة[١٤] والكتاب» فيما يأتي و«الإرشاد[١٥]» أنّ الغبطة تعتبر في الثاني دون الأوّل. قال في «التذكرة»: إنّ له الردّ بالعيب إن كانت الغبطة في الردّ، وإن كانت الغبطة في ترك الردّ بأن كانت قيمته مع العيب أكثر من ثمن المثل لم يكن

(١ و١٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥٠٩ و٥١٠.
(٢ و١٥) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.
(٣ و١٠) الروضة البهية: في منع المفلّس من التصرّف ج ٤ ص ٣٤.
(٤) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٨٩.
(٥) اللمعة الدمشقية: في الدّين ص ١٣٥.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٢.
(٧) الخلاف: في المفلّس ج ٣ ص ٢٦٨ مسألة ٩.
(٨) غنية النزوع: في شروط التفليس ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.
(٩) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٠.
(١١) شرائع الإسلام: في منع المفلّس من التصرّف ج ٢ ص ٩٠.
(١٢) المبسوط: في أحكام التفليس ج ٢ ص ٢٦٦.
(١٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٥.

له الردّ لما فيه من تفويت المال بغير عوض.

وفرّق الشهيد في «حواشيه» بينهما بأنّ الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيّد بها بخلاف العيب [1]. وفي «جامع المقاصد [2] والروضة» أنّ فيه نظراً بيّناً، لأنّ كلاًّ منهما ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة وإن كانت الحكمة المسوّغة له هي المصلحة، أي مصلحة صاحب الخيار، والإجماع على جواز الفسخ بالعيب وإن زادت القيمة فضلاً عن الغبطة فيه [3]. وفي «مجمع البرهان» أنّ الفرق غير واضح [4].

قلت: ما ذكراه في وجه النظر لا يدفع الفرق، لأنّه وإن كان ثبوت الخيار بأصل العقد وأنّ الحكمة المسوّغة للخيار مطلقاً إنّما هي لمصلحة صاحبه لكنّ جهات المصلحة متغايرة، فالخيار الأصلي كخيار الشرط والحيوان لم يتقيّد بشيءٍ كخيار الغبن والعيب، فإنّ الأوّل مقيّد بالضرر والثاني بالنقص، بل له في الأوّل اختيار أصل العقد وعدمه، بخلاف الثاني فإنّ حقّ الغرماء متعلّق بخيار الحيوان مثلاً تعلّقاً ضعيفاً جدّاً، لأنّ العقد من أجله متزلزل، بخلاف خيار العيب، فإنّ تعلّق حقّهم فيه أقوى، فإنّه مع إرادته ـ أي المفلّس ـ الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلّا يفوت منه شيء أو يأخذ الناقص كما حكيناه آنفاً عن «التذكرة» فهذه المصلحة غير الاُولى. فقول الشهيد «إنّ الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيّد بها» أراد به مصلحة الغبن والعيب، والفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة في الثاني، أي العيب دون الأوّل. فقول المعترض في وجه النظر «إنّ كلاًّ منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة» ليس بتامّ، وما فرضه من أنّه يمكن أن تكون قيمة المبيع مع كونه معيباً أزيد من الثمن ومع ذلك يجوز فسخه إجماعاً بالعيب هو

---

(١) الحاشية النجّارية: في المفلّس ص ٧٥ س ٧ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٠.

(٣) الروضة البهية: في منع المفلّس من التصرّف ج ٤ ص ٣٥.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٤ و٢٤٦.

الوجه في إثبات الخيار كما عرفت. ومن ثمّ قيل هنا باعتبار الغبطة في الثاني، وهو عين المدّعى، فليتأمّل في ذلك كلّه جيّداً.

والمناسب في بيان المنع أن يقال: إنّ الإجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو أنقص منها، فتحرّي رعاية الغبطة في الأوّل أيضاً لوجود العلّة.

ويمكن الجواب بأنّه إن كان عالماً بها وقت البيع فهو كالهبة، وإن لم يعلم بها فهو داخل في الثاني لوجود الغبن. نعم لو كانت الزيادة في طرفه أشكل الفرق بينهما والفسخ حينئذٍ مطلقاً، فليتأمّل جيّداً. ولعلّه من هنا قال في «مجمع البرهان»: إنّ الفرق المذكور غير واضح.

هذا والمصنّف في آخر كلامه في «التذكرة» مال إلى عدم الفرق بين الخيارين [1]، انتهى.

وينبغي النظر في معنى الغبطة وعدمها، ولعلّ عدمها مقيّد بما إذا لم يصر به سفيهاً، وأنّ ذلك لمعتبر بالردّ بالعيب وغيره. وقد عرفت أنّ كلمة مَن تعرّض لهذا الفرع متّفقة على أنّ له إجازة البيع وفسخه وعلى الفرق بين الابتداء والاستدامة. وقد يقال [2]: إنّ سبب الحجر في الابتداء موجود في الاستدامة وهو حفظ مال الديّان، فكما منعه الحاكم عن البيع في الابتداء لذلك وجب عليه أن يمنعه في غيره مع اشتماله على عدم الغبطة، فسند الإجماع هنا أيضاً موجود. ومجرّد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضي ذلك مطلقاً حتّى مع وجود الدليل على عدمه. ولذلك قال المقدّس الأردبيلي لا أعرف الفرق بين منعه من البيع وبين منعه من فسخه، فإنّ كلّاً منهما تصرّف مالي موجب لفوات مال الديّان، فلا يبعد أن يكون المدار في غير الابتداء مطلقاً على المصلحة [3]. والوجه الّذي ذكره في «التذكرة» في مراعاة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٨.

(٢ و٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

ولا يمنع ممّا لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع،

الغبطة في خيار العيب جارٍ في غيره، وقد سمعته آنفاً.

ويمكن أن يجعل الظرف في العبارة وهو «عند» متعلّقاً بكلٍّ من «تصرّف» و«الموجود» ليحسن كونه احترازاً عن التدبير والوصية، والجماعة[1] احترزوا عنهما بوصف التصرّف بالمنافي لحقّ الغرماء، لأنّهما يخرجان من الثلث بعد وفاء الدَين، فتصرّفه في ذلك ونحوه جائز، إذ لا ضرر فيه على الغرماء، إذ التدبير إمّا وصية أو في معناها. وقوله «بعوضٍ وغيره» يتعلّق بـ«تصرّف». ولا يتفاوت الحال بزيادة العوض وعدمها عيناً كان أو منفعةً لتعلّق الحجر مع الجميع.

قوله: ﴿ولا يمنع ممّا لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع﴾ هذا ممّا لا أجد فيه خلافاً. قال في «جامع المقاصد»: أمّا الطلاق فواضح فإنّ الحجر لم يتناول كلّ تصرّف، بل التصرّف في المال الموجود والمتجدّد، على أنّه إسقاط ما يوجب المال فكان أولى بالجواز. وأمّا النكاح فلأنّ الصداق إذا كان في الذمّة لم يصادف التصرّف في المال الموجود عند الحجر. وأمّا مؤنة النكاح فيأتي إن شاء الله تعالى بيان الحال فيها[2].

وأمّا أنّ له استيفاء القصاص فلأنّه ليس تصرّفاً في المال، ولا يجب عليه قبول الدية وإن بذل الجاني، لأنّ القصاص شرّع للتشفّي ودفع الفساد، والدية إنّما تثبت صلحاً، ولا يجب عليه تحصيل المال بإسقاط حقّه. وكذا العفو عن القصاص مجّاناً

---

(١) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: ج ١٤ ص ٢٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٢٢٨، والشهيد الثاني في الروضة البهية: ج ٤ ص ٣٧.

(٢) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧.

وكذاما يصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب والاتّهاب وقبول الوصية، ولا ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية،

بغير عوض. أمّا لو وجبت له الدية بالأصالة كما في جناية الخطأ فإنّه ليس له إسقاطها، لأنّه بمنزلة الإبراء من الدّين. وكذا له استلحاق النسب، إذ ليس ذلك تصرّفاً في المال وإن وجبت المؤنة ضمناً. وكذا له نفيه باللعان كما هو واضح. وكذا له الخلع، لأنّه إذا صحّ له الطلاق مجّاناً كانت صحّة الخلع الّذي هو في الحقيقة طلاق بعوض أولى بالجواز. هذا إذا كان المحجور عليه بالفلس رجلاً، فلو كان امرأةً منع.

قوله: ﴿وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب والاتّهاب وقبول الوصية﴾ لأنّ في ذلك كلّه جلب مالٍ للغرماء فكيف يمنع منه، قال في «التذكرة»: وهذا لا يمنع منه إجماعاً[١].

قوله: ﴿ولا ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية،﴾ وقد تقدّم[٢] أنّ هذين لا ينافيان الدّين لأنّهما إنّما يكونان بعد أدائه، وأنّ عبارة المفلّس معتبرة فيما لا يكون مصادفاً للمال وقت الحجر من التصرّفات. وهو مختار «التذكرة[٣]» والشهيد[٤] والمحقّق الثاني[٥] والشهيد الثاني[٦]، لكنّه في باب التدبير من «الكتاب[٧]» جزم بعدم الصحّة، وجزم بها في باب الوصايا[٨] في الوصية.

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٣ و٢٤.
(٢) تقدّم البحث عن ذلك كله في ص ١٤٥ ـ ١٤٩ وقد تقدّم أيضاً في ص ٢٤٥ ما يناسبه.
(٤) غاية المراد: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٠٥.
(٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٢٧.
(٦) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٠.
(٧) قواعد الأحكام: في التدبير ج ٣ ص ٢٢٤.
(٨) المصدر السابق: في الوصايا ج ٢ ص ٤٤٧.

إذ لاضرر فيه في الغرماء.

أمّا لو صادف المال في الحالّ، فإن كان مورده عين مالٍ كالبيع والهبةوالرهن والعتق احتُمل البطلان من رأس والإيقاف، فإن فضلت تلك العين من الدَين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ.

قوله: ﴿إذ لا ضرر فيه على الغرماء﴾ هذا تعليل للمذكورات في حيّز قوله «ولا يمنع ممّا لا يصادف المال إلى آخره».

قوله: ﴿أمّا لو صادف المال في الحالّ، فإن كان مورده عين مالٍ كالبيع والهبة والرهن والعتق احتُمل البطلان من رأس والإيقاف، فإن فضلت تلك العين من الدَين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ﴾ إذا صادف تصرّفه عين المال بالإتلاف بالمعاوضة كالبيع والإجارة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن. ففي «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والإيضاح[٤]» أنّه يبطل. وهو المحكي[٥] عن أبي عليّ، لأنّه ممنوع منه على وجه سلبت أهليّته وكانت عبارته كعبارة الصبيّ، فلا يصحّ وإن لحقته الإجازة. وهذا هو المناسب للحجر، فإنّ معنى قول الحاكم: حجرت عليك منعتك من التصرّف، ومعناه تعذّر وقوع هذه العقود منه.

وأمّا الإيقاف فقد نفى عنه البأس في «التذكرة[٦]» وقال في «جامع المقاصد[٧]» فيه

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٢.
(٢) شرائع الإسلام: في منع المفلّس من التصرّف ج ٢ ص ٨٩ ـ ٩٠.
(٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٥٠٩.
(٤) إيضاح الفوائد: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٦٥ ـ ٦٦.
(٥) الحاكي عنه العلّامة في المختلف: في المفلّس ج ٥ ص ٤٥٣.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٥.
(٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٢٩.

قوّة وفي «المسالك»: لعلّه أقوى [١].

والوجه فيه أنّه لا يقصر عن التصرّف في مال الغير فيكون كالفضولي. وحينئذٍ فلا ينافيه منعه من التصرّف المنافي لحقّ الغرماء، إذ لا دليل على إرادة غيره، ولأنّ عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحّة تصرّفه إذا لحقته إجازة الوليّ، فلو كان الحجر يقتضي المنع من التصرّفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارة السفيه.

فعلى هذا إذا أجازه الغرماء نفذ، وإلّا أُخّر إلى أن يقسّم ماله، لا يباع ولا يسلّم إلى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شيء بطل، وإن فضل ما يسعه صحّ.

وقد قلنا في باب البيع [٢]: إنّ الردّ الّذي يفسخ به الفضولي أن يقول: فسخت، فلو قال: لم أجز كان له الإجازة بعد ذلك كما تشهد به الأخبار، وبه صرّح الشهيد في باب النكاح، بل هو ظاهر الأصحاب.

واشتراط بعضهم عدم مسبوقيّته بنهي المالك غير جيّد على إطلاقه، وإلّا فالغاصب والعبد منهيّان شرعاً عن التصرّف، فالأوّل في مال الغير، والثاني في نفسه، بل قد نقول: إنّ هذا النهي مطلقاً غير مضرّ، لكنّ قضية كلامهم في هذا المقام أنّ الغرماء لو صرّحوا بالردّ لا ينفسخ العقد، فإنّما يعتبر كلامهم في الإجازة لا في الردّ، وأنّ الواقع موقع المجيز هو بقاء شيء من ماله يسع ذلك، فإن حصل ذلك كان إجازةً وإلّا كان ردّاً، وقد نبّهنا على ذلك في باب البيع [٣] عند قوله «والأقرب اشتراط أن يكون مجيزاً في الحال» وبيّنّا الحال في ذلك.

ويتصوّر كون الشيء فاضلاً بارتفاع القيمة السوقية وبإبراء بعض الغرماء من حقّه وبتجدّد مال وبموت بعض الغرماء فيرثه المفلّس.

---

(١) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٠.

(٢) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٠٩.

(٣) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٢١ ـ ٦٢٤.

فحينئذٍ يجب تأخير ما تصرّف فيه، فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن والهبة، ثمّ البيع والكتابة، ثمّ العتق،

قوله: ﴿فحينئذٍ يجب تأخير ما تصرّف فيه، فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن والهبة، ثمّ البيع والكتابة، ثمّ العتق﴾ أي حين إذ كان الحكم بكون التصرّف موقوفاً إلى أن ينظر هل تفضل العين الّتي تعلّق التصرّف بها أم لا؟ يجب تأخير ما تصرّف فيه وقضى الدَين من غيره، فربّما فضلت ووفى ما سواها بدَينه، وإن لم تف أمواله بديونه وكان التصرّف متعدّداً بطل الأضعف ثمّ ما يليه في الضعف كما هو خيرة «التذكرة [1]» في أوّل كلامه.

فعلى هذا فلو كان قد تصرّف ببيعٍ وكتابةٍ وهبةٍ ورهنٍ وعتقٍ ووقفٍ أبطلنا أوّلاً الرهن والهبة، لأنّهما أضعف من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز، ثمّ البيع والكتابة لأنّهما وإن كانا لازمين من الطرفين إلّا أنّ العتق أقوى منهما، لكونه في نظر الشارع على التغليب، ولهذا كان من خواصّه السراية. ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق، لأنّ كلّاً منهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقي العقود.

واحتمل الشافعية [2] احتمالاً آخر استحسنه في «التذكرة [3]» وقوّاه في «جامع المقاصد [4]» وهو أن ينقض من تصرّفاته الأخير، فالأخير كما في تبرّعات المريض إذا زادت عن الثلث. ووجهه أنّ المزاحمة إنّما وقعت بين ديون الغرماء والتصرّف الأخير، فيكون السابق ماضياً لعدم ما ينافيه.

قال في «جامع المقاصد»: ويمكن الفرق بين تصرّفات المريض وهذه، لأنّ

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٦.
(٢) المجموع: في المفلّس ج ١٣ ص ٢٨١.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٠.

وإن كان المورد في الذمّة فيصحّ، كما لو اشترى في الذمّة أو باع سَلماً أو اقترض.

الحجر على المريض إنّما هو فيما زاد على الثلث، فالتصرّف الزائد على الثلث هو الأخير فيكون باطلاً دون ماسواه، بخلاف المفلّس فإنّه محجور عليه في الجميع، فلا يظهر فرق بين الأخير وغيره، لأنّ الجميع كالفضولي، فإذا احتيج إلى بيع بعض الأعيان الّتي تعلّق بها التصرّف أمكن أن يقال: جميع التصرّفات موقوفة، ولابدّ من إبطال بعضها، ولا أولوية لبعضٍ على غيره بشيء من الاعتبارين المذكورين من التقدّم والتأخّر والضعف والقوّة، لأنّ المتقدّم والمتأخّر سواء في كونهما موقوفَين، والضعيف والقوي سواءفي كونهما غيرنافذين. نعم لمّا لم‌يتصوّر في العتق أن يكون موقوفاً حكمنا بكونه مراعىً فحقّه أن يكون نافذاً.

ثمّ إنّه قال في«جامع المقاصد»:والتحقيق أنّاإن قلنا:إنّ الإجازة كاشفة لاناقلة كانت جميع التصرّفات مراعاة، فيظهر للتقدّم أثرحينئذٍ، وحيث إنّارجّحنا هذا القول فيماسبق كان هذاالاحتمال الأخيرأقوى. فعلى هذا لو وقعت التصرّفات دفعةً واحدةً احتمل القرعة والإبطال في الجميع[1]. وهذا التحقيق لامناص عنه، وبه يسقط ما ذكره المصنّف. ويبقى الكلام فيماإذا باع من الغرماء، ويأتي[2] بيانه إن شاء الله تعالى.

قوله: ﴿وإن كان المورد في الذمّة فيصحّ، كما لو اشترى في الذمّة أو باع سَلماً أو اقترض﴾ قال في «جامع المقاصد»: إنّ تقسيم ما صادف المال في الحال من التصرّف إلى ما مورده العين وما مورده الذمّة غيرمستقيم، فإنّ ما مورده الذمّة ليس مصادفاً للمال في الحال قطعاً، فإنّ البيع بثمن في الذمّة كالصداق في النكاح إذا كان في الذمّة، وأمثال هذين لاتعلّق لهمابالمال الموجود عند الحجر

---

(١) جامع المقاصد: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٥ ص ٢٣٠.
(٢) يأتي في ص ٣٠٦ ـ ٣٠٩.

وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً،

ولا يعدّ تصرّفاً فيه كما لا يخفى، فلا تكون العبارة مستقيمة [١].

قلت: قوله «أمّا لو صادف المال في الحال» إنّما هو في مقابلة قوله «ولا ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت» فكأنّه قال: لا يمنع ممّا يصادف المال بعد الموت. وأمّا الّذي يصادف المال في غير ما بعد الموت ـ وهو الّذي يصادفه في الحال والحياة ـ قسمان: قسمٌ يحتمل البطلان والإيقاف، وقسمٌ صحيح، وهو ما يصادف الذمّة.

وليس المراد بـ«الحال» المال الموجود عند الحجر كما توهّمه في «جامع المقاصد». ويرشد إلى ذلك قوله في «التذكرة» في تقسيم التصرّف: فإن تعلّق بما بعد الموت كالتدبير والوصية صحّ، وإن كان غير متعلّق بالموت فإمّا أن يكون مورده عين مال أو ما في الذمّة [٢].

ومن هذا يظهر معنى قوله «وإن كان المورد في الذمّة» أنّ معناه على ما أشار إليه في «التذكرة» إن كان مورد التصرّف ما في الذمّة. فقوله في «جامع المقاصد»: «لو قال: وإن كان المورد الذمّة كان أفصح» [٣] لعلّه لم يصادف محلّه، لأنّ التصرّف هنا لا يرد على الذمّة وإنّما يرد على مالٍ فيها.

وكيف كان، فصحّة تصرّفاته الواردة على ما في الذمّة ممّا لا أجد فيه خلافاً إلّا من الشافعي في أحد قوليه مستنداً إلى أنّه كالسفيه [٤] لوجود المقتضي، وهو صدور العقد من أهله في محلّه سالماً عن معارضة منع حقّ الغرماء، لأنّه لم يرد على أعيان أمواله.

قوله: ﴿وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً﴾ نبّه بالبائع على المشتري سلماً والمقرض، فكأنّه قال: ولا للمشتري سلماً ولا للمقرض الفسخ. وهو خيرة

---

(١) جامع المقاصد: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٥ ص ٢٢٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٣.

(٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣١. (٤) المجموع: في التفليس ج ١٣ ص ٢٨٠.

«الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4] والإيضاح[5]» فيما سيأتي في شروط المعاوضة، وبه جزم المصنّف[6] هناك وقوّاه الشهيدان في «الحواشي[7] والمسالك[8]» قالوا: لأنّه فرّط بإقدامه على معاملة مَن لم يعلم حاله فكان كالراضي بعسره ويسره. وهذا لا يتمّ فيمن قامت له البيّنة على أنّه غير مفلّس فإنّه لم يفرّط بإقدامه على معاملة مَن لم يعلم حاله مع أنّه جاهل واقعاً. وقالوا: لأنّ الأصل في العقد المملّك عدم التسلّط على الفسخ والإخراج عن الملك إلّا بدليل شرعي، ولتعلّق حقّ الغرماء بما دخل في ملكه فلا يصحّ إبطاله. وهو مبنيّ على تعلّق الحجر بالمتجدّد.

وسيأتي[9] للمصنّف في المسألة ـ أي مسألة الجاهل ـ احتمالات ثلاثة من دون ترجيح: الضرب، والاختصاص بعين ماله، والصبر. ومثل ذلك ما في «الإرشاد[10] والإيضاح[11]» وخيّره ولده في «شرح الإرشاد[12]» بين الاُمور الثلاثة.

ووجه الضرب أنّه غريم، لأنّه صاحب دَين ولأنّه أدخل في مقابل الثمن مالاً فليضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعة على الغرماء.

ووجه الثاني ـ يعني أنّه يفسخ ويختصّ بعين ماله ـ عموم قوله صلى الله عليه وآله: مَن وجد

(١) شرائع الإسلام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٩٠.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٧.
(٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥١١.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣١.
(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٧٢ ـ ٧٣.
(٦) قواعد الأحكام: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ١٤٨.
(٧) لم نعثر عليه في الحاشية النجّارية المنسوبة إليه وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
(٨) مسالك الأفهام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٤ ص ٩٦.
(٩) سيأتي الكلام فيه في ص ٢٧١.
(١٠) إرشاد الأذهان: في منع المفلّس عن التصرّف ج ١ ص ٣٩٨.
(١١) إيضاح الفوائد: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٦٨.
(١٢) شرح الإرشاد للنيلي: في منع المفلّس عن التصرّف ص ٥٥ س ١٥ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

ويتعلّق بالمتجدّد ـ كالقرض والمبيع والمتّهب وغيرها ـ الحجر.

عين ماله فهو أحقّ بها[١]. وقوله عليه السلام: لا يحاصّه الغرماء[٢]. ويضعّف الوجهان بما تقدّم من تعلّق حقّ الغرماء بماله وإن كان متجدّداً، على أنّ العموم ممنوع، لأنّ مورده مَن سبقت معاملته على الحجر عملاً بدلالة الفاء، لأنّها تقتضي وجدان المتاع عقيب ركوب الدَين بلا فصل، فتأمّل. والضرب مع الغرماء يقتضي إبطال حقّهم من عين المال الّتي سبق تعلّق حقّهم بها، مع أنّ الوجهين متنافران، لأنّه إن كان غريماً اختصّ بعين ماله، وإن لم يكن غريماً لم يضرب.

وأمّا العالم بإعساره فإنّه يصبر ولا يشارك الغرماء إجماعا كما في «المسالك[٣]» وقد نفى عنه الإشكال جماعة[٤].

[في تعلّق الحجر بالمتجدّد وعدمه]

قوله: ﴿ويتعلّق بالمتجدّد ـ كالقرض والمبيع والمتّهب وغيرها ـ الحجر﴾ كما هو خيرة «التذكرة[٥] والتحرير[٦] وجامع المقاصد[٧] ومجمع البرهان[٨]» وهو الّذي تعطيه عبارة «الشرائع[٩]». وقال ولد المصنّف في «شرح الإرشاد»: إنّ عدم

---

(١) عوالي اللآلي: باب الديون ح ٢ ج ٢ ص ٢٥٦.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام الحجر ح ٢ ج ١٣ ص ١٤٥.
(٣) مسالك الأفهام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٤ ص ٩٦.
(٤) منهم الشهيد في غاية المراد: ج ٢ ص ٢٠٩، والأردبيلي في المجمع: ج ٩ ص ٢٤٨.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٢.
(٦) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥١١.
(٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣١.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٢.
(٩) شرائع الإسلام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٩٠.

تعلّق الحجر به أولى [1]. واستشكل في «الإرشاد [2]» ولم يرجّح الشهيد في «حواشيه [3] وغاية المراد [4]».

وجه الأوّل أنّها أموال للمفلّس وقد حكم الحاكم بتعلّق الدّين بأمواله والحجر عليه فيها، وأنّ الغرض من المنع صرف المال في الدّين وعدم تضييع حقّ الناس، وأنّه قد ثبت وجوب قسمة أمواله في الدّين، وهو مشترك في الموجود والمتجدّد.

ووجه العدم أنّ الأصل عدم الحجر، وأنّ الناس مسلّطون على أموالهم [5]. وقد ثبت الحجر في الموجود حال الحجر بالإجماع وبقي غيره على الأصل، وأنّه إنّما حجر عليه في ماله الموجود لنقصٍ فيه، والمعدوم لم يتعلّق به وإلّا لزاد المال على الدّين. كذا قالوا في بيان القولين. ومن الوجهين يعلم وجه الإشكال.

وكأنّ الكلام في المسألة غير محرّر، لأنّ كلام بعض القائلين بالتعلّق كالمحقّق الثاني يعطي أنّ الحاكم حجر عليه في الموجود والمتجدّد كأن يقول له: حجرت عليك جميع التصرّفات المالية من موجود ومتجدّد، ولا أظنّ أنّ أحداً يخالف في التعلّق ويستشكل في ذلك. كما أنّ كلام فخرالإسلام صريح في أنّ الحجر إنّما تعلّق بالموجود لا غير. وهذا لا ينبغي أن يستشكل فيه، لأنّ الحجر لابدّ فيه من حكم الحاكم ولايثبت بدونه، فإن كان حكمه وتحجيره شاملاً للمتجدّد ثبت فيه وإلّا فلا. وحينئذٍ فينبغي الرجوع إلى الحاكم ويسأل كيف حجر؟ وحيث يتعذّر ولا يعلم الحال فالأصل عدم التعدّي لعدم الدليل. والظاهر لا يعارض الأصل إن كان، إلّا أن تقول: إنّ المتبادر لمكان القرائن الحالية من قوله «حجرت عليك» أو «حجرت عليك

---

(١) شرح الإرشاد (للنيلي): في المفلّس ص ٥٥ س ٣ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.

(٣) لم نعثر عليه في الحاشية النجّارية المنسوبة إليه وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٤) غاية المراد: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٠٧.

(٥) عوالي اللآلي: ح ٣٨٣ ج ٢ ص ١٣٨.

ولو باعه عبداً بثمن في ذمّته بشرط الإعتاق، فإن أبطلنا التصرّفات فالأقوى بطلان البيع وإلّا جاز العتق ويكون موقوفاً، فإن قصر المال احتُمل صرفه في الدَين لا رجوعه إلى البائع، والأقوى صحّة عتقه في الحال.

التصرّف في المال» أو «في مالك التحجير» في المتجدّد وغيره. فيكون محلّ النزاع ما إذا أتى بهذه الألفاظ وما ماثلها ممّا ليس نصّاً في تخصيص ولا تعميم، فهذا يتمسّك بالتبادر بمعونة القرائن، وهذا يتمسّك بالأصل وينكر التبادر، فتأمّل جيّداً.

وإن كان محلّ النزاع أنّه هل له أن يحجر عن الموجود والمتجدّد؟ فالظاهر أنّه له ذلك لاتّحاد الطريق[1]، إذ لا فرق ولا مانع.

وإن كان محلّ النزاع أنّه هل للحاكم أن يحجر عليه ثانياً في ذلك المتجدّد؟ فالظاهر أنّ له ذلك أيضاً، لما تقدّم من عدم الفارق والمانع.

ويبقى الكلام في نماء المال الموجود عند الحجر. ولعلّهم يتسالمون على تعلّق الحجر به لتبعيّته ووجوده بغير اختياره وإرادته، ولا كذلك ما يكتسبه، إذ لا يجب عليه الاكتساب، فكان محلّ إشكال.

قوله: ﴿ولو باعه عبداً بثمن في ذمّته بشرط الإعتاق، فإن أبطلنا التصرّفات فالأقوى بطلان البيع وإلّا جاز العتق ويكون موقوفاً، فإن قصر المال احتُمل صرفه في الدَين لا رجوعه إلى البائع، والأقوى صحّة عتقه في الحال﴾ هذا فرع ذكره في «التذكرة[2]» وأوضح مبناه. وعبارة

---

(١) لا يخفى عليك أنّ حكمة حجر المديون بل علّته حفظ طريق تأدية ديونه وعدم تضييع حقّه ففيما لم يكن طريق إليه إلّا حجر المديون بالنسبة إلى جميع ما ملك وسيملك فيجب على الحاكم الحكم به قطعاً. نعم فيما لا يحتاج إلى حجره فيما سيملك بل يكفيه ما هو مالكه بالفعل فحجره بالنسبة إلى المتجدّد لا وجه له. وأمّا السفيه فحكمة حجره بل علّته هو حفظ ماله وعدم ضياعه وهو مطرد بالنسبة إلى الموجود والمتجدّد يقيناً فلا وجه لإستثناء الثاني، فتأمّل جدّاً.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٨.

الكتاب مبنيّة على ذلك المبنى خالية ممّا رماها به في «جامع المقاصد» من النظر والمدافعة، جيّدة النظم واضحة المعنى.

وقد فُهم منها في جامع المقاصد غير المراد منها. قال في «جامع المقاصد» في بيان معناها: إذا باع بائع المفلّس عبداً بثمن في ذمّته وشرط في البيع أن يعتقه بنى صحّة البيع المذكور على أنّ تصرّفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلةأو موقوفة؟ فإن قلنا بالبطلان كان الأقوى هنا القول ببطلان البيع، لأنّ الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنّة، حيث إنّه اقتضى التصرّف في المال الموجود حين الحجر، فإنّ العبد على تقدير صحّة البيع مال للمفلّس لانتقاله إلى ملكه، والحجر يتعلّق بالمتجدّد كغيره على ما سبق فيكون باطلاً. فيبطل البيع ببطلانه، لأنّ الشرط إذا بطل أبطل خصوصاً هنا، لأنّ إعتاق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض، لأنّ الثمن حينئذٍيكون أقلّ، فإذا فات فقد فات بعض الثمن، فتمتنع الصحّة. ثمّ قال: وفي هذا التفريع نظر، إذ لا يلزم من بطلان التصرّفات في الأموال الّتي تعلّق بها حقّ الغرماءبطلان ما ليس كذلك، فهوبمنزلة ما إذا كان المورد الذمّة، وهنا لم تتعلّق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحّة البيع، لأنّ تعلّق حقّهم بالمتجدّد إنّما هو في المتجدّد الّذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلّق حقّ الغرماء به، وهنا كذلك، لأنّ انتقال العبد مشروط في سبب انتقاله العتق، وهو منافٍ لتعلّق حقّ الغرماء، وإلّا لم ينفذ، فينتفي المانع من صحّة الشرط، فيصحّ البيع. واختيار المصنّف أخيراً ينبّه على هذا [١]، انتهى ما أردنا نقله من كلامه.

وقدعرفت أنّه بنى صحّةالبيع المذكورعلى أنّ تصرّفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة؟ والمصنّف لم يبن المسألة على ذلك، وإنّما بناها على أنّ التصرّف في الذمّة باطل كما هو أحد وجهي الشافعية [٢].

---

(١) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٢) المجموع: في التفليس ج ١٣ ص ٢٨٠.

قال في «التذكرة»: لو باعه عبداً بثمن في ذمّته بشرط الإعتاق، فإن أبطلنا جميع التصرّفات سواء وردت على العين أو في الذمّة فالأقوى بطلان البيع، وإن قلنا بالصحّة فيما يكون مورده الذمّة على ما اخترناه صحّ البيع والعتق معاً، ويكون العتق موقوفاً، فإن قصر المال احتمل صرفه في الدّين لا رجوعه إلى البائع. والأقوى صحّة عتقه في الحال[1]، انتهى، وهي عبارة الكتاب بمعنى.

وعلى هذا المبنى لا يرد عليها شيء ممّا أورده في جامع المقاصد من النظر والمدافعة كما ستسمع المدافعة. نعم قد يرد عليها بناءً على ذلك أنّه يتعيّن بطلان البيع لا أنّه الأقوى، ويمكن تأويله بمثل ما مضى في التصرّف الوارد على العين، وأنّه يبعد على القول بالصحّة فيما مورده الذمّة أن يكون العتق موقوفاً، فإن فضل نفذ العتق، وإن قصر المال احتمل صرفه في الدّين، لأنّه مال المفلّس. ووجه البُعد ما ذكره في «جامع المقاصد[2]» من أنّ تعلّق حقّهم بالمتجدّد إنّما هو في المتجدّد الّذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلّق حقّ الغرماء به، إلّا أن تقول: إنّه بناه على أنّ هذا الشرط مخالف للسنّة فيكون باطلاً، وأنّه إذا بطل الشرط لا يبطل العقد، لكنّه يقوم حينئذٍ احتمال تسلّط البائع على الفسخ ورجوعه إليه، وكان الواجب حينئذٍ أن يذكره. ولعلّه نبّه عليه بقوله «لا رجوعه إلى البائع» فتأمّل.

ولمّا كان هذان الاحتمالان كما ترى قال: «والأقوى صحّة عتقه في الحال» فقوله أوّلاً «الأقوى بطلان البيع» مبني على القول ببطلان ما مورده الذمّة، وليس مفرّعاً على كونها ـ أي التصرّفات ـ موقوفة كما فهمه في «جامع المقاصد» حتّى يدافع قوله: الأقوى صحّة البيع والعتق في الحال.

قال في «جامع المقاصد»: واعلم أنّ نظم العبارة غير حسن لما يظهر من المدافعة بين كون الأقوى بطلان البيع تفريعاً على كونها موقوفة وبين ما صرّح به أخيراً من

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٨.
(٢) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

ولو وهب بشرط الثواب ثمّ أفلس لم يكن له إسقاط الثواب.

أنّ الأقوى صحّة البيع والعتق في الحال. فلو قال: احتمل بناء البطلان هنا ووقوعه موقوفاً على القولين السابقين، والأقوى الصحّة وجواز العتق في الحال لكان أحسن وأبعد عن الخلل في الفهم [1]، انتهى. وأراد بقوله «تفريعاً على كونها موقوفة» للإيقاف الّذي مضى للمصنّف فيما إذا كان مورد التصرّف عين مال، فإنّه احتمل هناك البطلان والإيقاف، وظنّ أنّ ما نحن فيه مفرّعاً على الإيقاف، ولقد ذهب بعيداً، إذ تلك مسألة عين المال وقد فرغ منها ومن فروعها، وما نحن فيه من مسألة الذمّة وبقايا فروعها.

ثمّ إنّ المصنّف قال: «فإن أبطلنا التصرّفات فالأقوى بطلان البيع» فقد فرّع الأقوى على البطلان كما فهمه هو أوّلاً لا الإيقاف الّذي فرغ منه، ولو لحظ «التذكرة [2]» لضرب على ما حرّره.

[في ما لو وهب بشرط الثواب ثمّ أفلس]

قوله: ﴿ولو وهب بشرط الثواب ثمّ أفلس لم يكن له إسقاط الثواب﴾ إذا وهب المفلّس شيئاً فإمّا أن يقبض قبل الفلس أو لا، فإن كان الثاني فلا حكم له، وإن كان الأوّل فإمّا أن يعيّن ثواباً أو يطلق، فإن كان الأوّل فلا بحث، وإن كان الثاني فقد ذكر فيه في «التحرير» ثلاثة أوجه: الأوّل: وجوب قيمة الموهوب، فلا يجوز له أخذ أقلّ من ذلك. الثاني: ما جرت العادة أن يثاب مثله، فليس له أن يرضى بدونه. الثالث: ما يرضى به الواهب، فيكون له ما يرضى به وإن قلّ، ولا اعتراض للغرماء [3]. وقال في باب الهبة: إن شرط ثواباً مجهولاً صحّ ولزمه دفع ما يصدق عليه

---

(١) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٢ ـ ٢٣٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٥.
(٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥١٠.

ولو أقرّ بدَينٍ سابقٍ لزمه.

إطلاق الاسم. ولو أثابه منها ـ أي الهبة ـ فالأقرب الجواز. ولا يجب عليه دفع ما يرضى به الواهب ولا قيمة الموهوب ولا ما تقضي العادة به. وقوّى الشيخ لزوم الأخير[1].

ووجه عدم الإسقاط أنّه مال ثبت له فلا يكون له إسقاطه، لأنّه تصرّف في المال بالإسقاط فيكون ممنوعاً منه. ولو شرط عليه في عقدٍ لازم اشتراط رهن عينٍ من ماله فقد احتمل في «جامع المقاصد» أنّه كاشتراط الثواب[2].

[فيما لو اقرّ بدَين سابق على الحجر]

قوله: ﴿ولو أقرّ بدَينٍ سابق لزمه﴾ قولاً واحداً كما في «جامع المقاصد[3]» وظاهر «المسالك[4]» ولا أجد فيه مخالفاً ولا حكاية خلاف سوى ما حكاه فخر الإسلام في «شرح الإرشاد[5]» عن بعض الأصحاب أنّه لا يصحّ إقراره مطلقاً كالسفيه، لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[6] والمانع في العين منتفٍ هنا، لأنّه في العين منافٍ لحقّ الديّان المتعلّق بها، وأنّ الإقرار ليس كالإنشاء حيث قيل ببطلانه رأساً فلا ينفذ بعد الحجر، لأنّ الغرض من إبطال التصرّف إلغاء الإنشاء الموجب لإحداث الملك، أمّا الإقرار فإنّه إخبار عن حقٍّ سابق لم يتعلّق به الحجر ولم يقتض الحجر سلب أهلية العبارة عن المحجور، فإذا تعلّق له غرض ببراءة ذمّته بالإقرار وجب قبوله منه. وإنّما الخلاف في أنّ المقرّ له هل يشارك الغرماء أم لا؟ كما ستسمع.

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الهبة ج ٣ ص ٢٨٠.

(٢ و ٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٣.

(٤) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٠ ـ ٩١.

(٥) شرح الإرشاد للنيلي: في المفلّس ص ٥٥ السطر الأخير (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب أحكام الإقرار ح ٢ ج ١٦ ص ١١١.

وهل ينفذ على الغرماء؟إشكالٌ ينشأ من تعلّق حقّهم بماله كالمرتهن، ومن مساواة الإقرار للبيّنة ولا تهمة فيه.

قوله: ﴿وهـل ينفذ على الغرماء؟ إشكالٌ ينشأ مـن تعلّق حقّهم بماله كالمرتهن، ومن مساواة الإقرار للبيّنة ولا تهمة فيه﴾ اختير النفوذ على الغرمـاء والمشاركة لهم فـي «المبسوط[١] والخلاف[٢] والسرائر[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦]» وحكاه في «غاية المراد[٧]» عن أبي منصور الطبرسي. وهو الّذي قرّبه الشهيد في «حواشيه[٨]» بشرط أن يكون عدلاً.

حجّةالشيخ ومَن وافقه عموم جواز إقرار العقلاء وعمومالإذن في قسمةأمواله بين غرمائه، والفرق بين الإقرار والإنشاء كما عرفت آنفاً، وأنّه كالبيّنة، ومع قيامها لاإشكال فيالمشاركة،وأنّ التهمة علىالغرماءمنتفية،لأنّ ضررالإقرار فيحقّه أكثر منه في حقّ الغرماء، وأنّ الظاهر من حال الإنسان أنّه لا يقرّ بدَين عليه مع عدمه.

وأُجيب بأنّ الخبر قدقبلناه على نفسه، ومن ثمّ ألزمناهبالمال بعد زوال الحجر، والدليلالثاني ظاهرضعفه،والجواب عنالثالثأنّ الإقرارفيأثناء الحجر كالتصرّف الحادث بحسبالمعنيلمكانالمشاركة،وإنكانبينهمافرقعندعدمهاأي المشاركة، وكونه كالبيّنة مطلقاً ممنوع. واستوضح ذلك فيمن لا يقبل إقراره إذا أُقيمت عليه البيّنة، فالقاعدة ليست كلّية، فلا تصحّ كبرى الشكل ولا تنتج. والتهمة على الغرماء

---

(١) المبسوط: في حكم اختلاف الغرماء مع المفلّس ج ٢ ص ٢٥٩.

(٢) الخلاف:فيالتفليسج ٣ص ٢٧٠مسألة١٢. (٣) السرائر:فيبيانأحكامالإقرارج ٢ص٤٩٩.

(٤) شرائع الإسلام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٩٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٨.

(٦) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥٠٩.

(٧) غاية المراد: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٠٧.

(٨) لم نعثر عليه في الحاشية النجّارية المنسوبة إليه وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

موجودة، لأنّه يريد إسقاط حقّهم من المال الموجود وتأخيره بمواطاة بينه وبين المقرّ له، فلا يتحقّق الضرر إلّا عليهم، سلّمنا، لكن أقصاه أنّه قد يكون متّهماً وقد لا يكون، فلا يصحّ جعل عدم التهمة وجهاً للنفوذ[1].

ولذلك اختير عدم النفوذ في «الإرشاد[2] والمختلف[3] والإيضاح[4] وشرح الإرشاد» لولده[5] و«اللمعة[6] وغاية المراد[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9] والروضة[10] ومجمع البرهان[11]» بل في «جامع المقاصد» أنّه لا ريب أنّ تعلّق حقّ الغرماء بمال المفلّس أقوى من تعلّق حقّ المرتهن بمال الراهن، لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك، فكما أنّ الراهن لو أقرّ بسبق رهن لآخر أو بيعه إيّاها لا يسمع في حقّ المرتهن، فهنا كذلك بطريق أولى[12]. وفي «التحرير» بعد أن اختار النفوذ كما حكيناه عنه قال: وهل يفتقر إلى اليمين فيه؟ إشكال. ولو كذّبته الغرماء وقلنا بوجوب اليمين فإن نكل ففي إحلاف الغرماء على المواطاة أو المقرّ له إشكال[13].

هذا ويلزم على القول الأوّل أنّه لو ادّعى عليه شخص بدَين فأنكر فحلف المدّعي ثبت الدَين وشارك الغرماء، لأنّ اليمين بعد الإنكار كالإقرار، فتأمّل.

---

(١) المجيب هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩١ ـ ٩٢.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.
(٣) مختلف الشيعة: في المفلّس ج ٥ ص ٤٤٨.
(٤) إيضاح الفوائد: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٦٧.
(٥) شرح الإرشاد للنيلي: في المفلّس ص ٥٥ س ٩ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
(٦) اللمعة الدمشقية: في الدَين ص ١٣٥.
(٧) غاية المراد: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٠٧.
(٨ و١٢) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٤.
(٩) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٢.
(١٠) الروضة البهية: في الدَين ج ٤ ص ٣٣.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٢.
(١٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥٠٩.

ولو أسنده إلى ما بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة لزمه خاصّة لا في حقّ الغرماء، وإن قال: عن إتلاف مالٍ، أو: جنايةٍ فكالسابق.

[فيما لو أقرّ بدَينٍ بعد الحجر]

قوله: ﴿ولو أسنده إلى ما بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة لزمه خاصّة﴾ هذا ذكره الشيخ في «المبسوط[1]» والمصنّف في «التذكرة[2] والتحرير[3]» ومعناه أنّه لو أقرّ بدَين لاحق بعد الحجر وأسنده إلى ما بعد الحجر، فإن كان قد لزمه باختيار صاحبه كالبيع والقرض وغيرهما من المعاملات المتجدّدة بعد الحجر فإنّه يكون في ذمّته خاصّة، ولا يشارك المقرّ له الغرماء، لأنّ صاحب المال رضي بذلك إن علم أنّه مفلّس، وإن لم يعلم فقد فرّط في ذلك فيلزم الصبر بها إلى الفكّ ولا يشارك الغرماء، لأنّ المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلّقت بأعيان أمواله كانت باطلة أو موقوفة، فالإقرار بها لا يزيد عليها. وقد جزم بذلك في «المبسوط[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] والروضة[9]».

قوله: ﴿وإن قال: عن إتلاف مالٍ، أو: جنايةٍ فكالسابق﴾ يريد أنّه إذا أقرّ بدَين وأسنده إلى ما بعد الحجر وقال: إنّه لزمه بإتلاف مال أو جناية. وحاصله: أنّه لزمه من غير رضاً واختيارٍ من المالك والمجنيّ عليه، وبه يفرّق بينه وبين المعاملة الصادرة عن الرضا والاختيار من الجانبين، فإنّ في نفوذه على الغرماء الإشكال

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٣.
(٢ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٩.
(٣ و٦) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥٠٩ و٥١٠.
(٤) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٣.
(٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٥.
(٨) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٢.
(٩) الروضة البهية: في الدّين ج ٤ ص ٣٤.

وكذا الإشكال لو أقرّ بعين،

السابق، لأنّ كان منشؤه في الموضعين واحداً، وقد حكم في «المبسوط[١] والروضة[٢]» بالنفوذ، وقرّبه في «التذكرة[٣]» ولم يرجّح أحد الاحتمالين في «جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» ولم يتعرّض له في «الإيضاح».

والظاهر أنّ محلّ الإشكال ما إذا كان من غير رضا واختيار من الطرفين، فالسارق والجاني عمداً ليسا محلّ إشكال.

وعساك تقول: لم لم يقدّم حقّ المجنيّ عليه على حقّ الغرماء كما قدّم حقّه على حقّ المرتهن؟ لأنّا نفرّق بأنّ العبد المرهون إذا جنى فقد تعلّقت جنايته بنفسه الّتي علّق بها صاحب الدّين دَينه والجناية كانت حصلت من المفلّس دون ماله، ثمّ إنّ الدّين في الرهن متعلّق في الذمّة والرهن معاً، وأمّا الجناية فلا محلّ لها سوى الرهن، وفيما نحن فيه الدَينان متعلّقان بالذمّة فاستويا. ونظيره في حقّ المفلّس أن يجني عبده فيقدّم المجنيّ عليه حينئذٍ على حقّ الغرماء. وتمام الكلام عند قوله[٦]: «ويضرب المجنيّ عليه بالأرش».

فرع: لو أقرّ بدَين ولم يسنده إلى ما قبل الحجر ولا إلى ما بعده حمل على الثاني وجعل بمنزلة ما لو أسنده إلى ما بعد الحجر، لأصالة التأخّر وعدم التعلّق.

[فيما لو أقرّ بعينٍ لشخص]

قوله: ﴿وكذا الإشكال لو أقرّ بعين﴾ أي يجيء الإشكال السابق فيما إذا

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٣. (٢) الروضة البهية: في الدّين ج ٤ ص ٣٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٢٩.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٥.
(٥) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٢.
(٦) سيأتي الكلام فيه في ص ٢٧١.

أقرّ المفلّس بعين من أعيان الأموال الّتي بيده لشخص.

وقد اختير النفوذ في «المبسوط[1] والتحرير[2] وشرح الإرشاد[3]» ولولده على الظاهر منه في آخر كلامه لمكان تعليله، وكذا «التذكرة[4]» لأنّه في آخر المبحث كأنّه تردّد. وكأنّه قال به أو مال إليه في «الإيضاح[5]» ووجّهوه بمثل ما مرّ في الدّين، وأنّه لو لم يجعل له سبيل إلى ردّ الغصب والعارية والوديعة والمستام ونحو ذلك للزم الحرج، ولبُعد أن يقرّ بما في يده لمن ليس له، وإلّا لكان سفيهاً والبحث أنّه رشيد، ولأنّ هذه العين لم يثبت أنّها ماله. واحتمال المواطاة يدفع الاستبعاد.

وعدم النفوذ، خيرة «الإرشاد[6] واللمعة[7] وغاية المراد[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11]» وكذا «مجمع البرهان[12]» لمثل ما مرّ[13] في الدّين. ولزيادة هنا تردّد لأجلها في «الشرائع» وهي تعلّق حقّ الغرماء بأعيان أمواله[14]. وفيه: أنّه لا فرق بين أخذه بعض الأعيان بموجب التقسيط وبين أخذه ذلك البعض مع تعلّق حقّهم به.

وفي «مجمع البرهان[15]» وكذا «شرح الإرشاد[16]» أنّ الحاكم ينبغي له أن يؤخّر

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

(٢) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥٠٩.

(٣) شرح الإرشاد للنيلي: في المفلّس ص ٥٥ س ٧ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٠.

(٥) إيضاح الفوائد: في منع المفلّس من التصرّف ج ٢ ص ٦٧.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨. (٧) اللمعة الدمشقية: في الدّين ص ١٣٥.

(٨) غاية المراد: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٠٧. (٩) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٥.

(١٠) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٢ ـ ٩٣.

(١١) الروضة البهية: في الدّين ج ٤ ص ٣٤.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٣.

(١٣) تقدّم في ص ٢٦٠.

(١٤) شرائع الإسلام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٩٠.

(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٣.

(١٦) شرح الإرشاد للنيلي: في المفلّس ص ٥٥ س ٦ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

لكن هنا مع القبول يسلّم إلى المقرّ له وإن قصر الباقي،

هذه العين، فإن فضلت سلّمها إلى المقرّ له، وإلّا جاء الإشكال كما في الأوّل وباعها في الديون كما في [1] الثاني وغرمه مثلها أو قيمتها للمقرّ له. وستسمع ما في «المبسوط».

هذا وقال في «المسالك»: إنّ جملة الأقوال في المسألة اتّفقت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي أربعة: نفي نفوذه فيهما، إثباته فيهما، ثبوته في العين دون الدَين اختاره ابن إدريس، وبالعكس، قال: وهو ظاهر المصنّف في الكتاب أي الشرائع [2]، انتهى. وهذا النقل كما ترى، لأنّك قد عرفت ما حكيناه [3] عن ابن إدريس وعن «الشرائع». ثمّ إنّ الشهيد في «غاية المراد» قال: لم يقل أحد بالقبول في العين دون الدَين إلّا متكلّف [4]. وقد سمعت ما حكيناه عن فخر الإسلام في «شرح الإرشاد» من النفوذ في العين دون الدَين. ويفهم ممّا سيأتي قريباً عن «المبسوط» أنّ الأقوال تزيد عن الأربعة عند التأمّل الصادق، لأنّ القول بوجوب تأخير العين هنا كما إذا تصرّف بها ببيع أو نحوه قويّ جدّاً.

قوله: ﴿لكن هنا مع القبول يسلّم إلى المقرّ له وإن قصر الباقي﴾

هذا ذكره في المبسوط وتبعه عليه المصنّف وغيره، قال في «المبسوط»: فإن أقرّ بعين فإنّ إقراره صحيح وتكون العين لمن أقرّ بها، وقيل: إنّه لا يرد العين إلّا بعد أن يقسّم ماله بين الغرماء، فإن وفى بها أخذ العين، وإن لم يف تمّمت من العين وبقي

---

(١) الّذي يظهر من عبارة الشرح والمجمع وشرح الإرشاد أنّ قوله: «كما في الثاني» زائد، ويؤيّده أيضاً خلوّ بعض النسخ عنه، وذلك لأنّ المراد من الأوّل في العبارة ليس هو المجمع، بل المراد هو كون مورد الإقرار بالدَين هو الذمّة، فمعنى العبارة: أنّه كما يرد الإشكال في ذاك المورد كذلك يرد فيما كان مورد الإقرار هو العين المعيّن الخارجي، فتأمّل.

(٢) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٢ ـ ٩٣.

(٣) تقدّم في ص ٢٦٣.

(٤) غاية المراد: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٠٧.

ولو كذّبه المقرّ له قسّمت، ومع عدم القبول إذا فضلت دُفعت إلى المقرّ له قطعاً، بخلاف المبيع فإنّ فيه إشكالاً.

قيمتها في ذمّة المفلّس[1]. ونحوه ما في «التذكرة[2] والتحرير[3] والمسالك[4]».

ولعلّ غرضهم بقولهم «إن وفى بها ولم يقصر الباقي» ما إذا أبرأه بعضهم أو زادت القيمة. وبذلك تندفع مناقشة المحقّق الثاني عن العبارة حيث قال: فيها مناقشة، فإنّ قوله «وإن قصر الباقي» يقتضي ثبوت الحكم بتسليم العين إن لم يقصر الباقي وإن قصر على ما هو مقتضى العطف بـ«إن» الوصلية، وليس بمستقيم، إذ مع عدم القصور كيف يتصوّر صحّة الحجر؟ ثمّ احتمل جعل الواو للحال، ولا يخفى بُعده[5].

قوله: ﴿ولو كذّبه المقرّ له قسّمت﴾ كما في «التذكرة[6]» ومعناه أنّه لو كذّب المقرّ له المحجور عليه في إقراره بكون العين له قسّمت بين الغرماء لتعلّق حقوقهم بها سابقاً، وإخراجها عنهم إنّما كان مع صحّة الإقرار، ومع ردّ المقرّ له لا يكون الإقرار صحيحاً. ولا يشكل بأنّ الإقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل بردّ المقرّ له وتكذيبه، بل تخرج العين عن المقرّ بالإقرار وإن لم يتعيّن مالكها، فيكون مالاً مجهول المالك، فكيف تعود إلى المقرّ وتقسّم بين الغرماء؟ ويأتي في الإقرار[7] بلطف الله وبركة خير خلقه محمّدٍ وآله صلى الله عليه وآله تحقيق الحال.

قوله: ﴿ومع عدم القبول إذا فضلت دُفعت إلى المقرّ له قطعاً، بخلاف

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

(٢ و٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣١.

(٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥٠٩.

(٤) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٢.

(٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

(٧) سيأتي في ج ٩ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الخامس والعشرين.

وكذا الإشكال لو ادّعى أجنبيّ شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدّقه.

ولو قال: هذا مضاربة لغائب قيل: يقرّ في يده، ولو قال: لحاضر وصدّقه دُفع إليه، وإلّا قسّم.

المبيع فإنّ فيه إشكالاً﴾ أي في دفع المبيع إلى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء إشكال ينشأ من بطلان التصرّفات الواقعة بعد الحجر المصادفة للمال وكونها موقوفة، ولا كذلك الإقرار الصادر من المفلّس فإنّه لازم ونافذ عليه قطعاً وإن لم ينفذ على الغرماء، فإذا فضلت العين عن الديون بارتفاع قيمةٍ ونحوها دفعت إلى المقرّ له قطعاً بلا إشكال.

قوله: ﴿وكذا الإشكال لو ادّعى أجنبيّ شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدّقه﴾ ومثله ما في «التذكرة[1]» أي وكذا الإشكال في النفوذ على الغرماء وعدمه لو ادّعى أجنبي شراء عين في يد المفلّس. ويحتمل عود ضمير «يده» للأجنبي، فيكون الأجنبي قد ادّعى شراءه عيناً من المفلّس وهي في يد الأجنبي فيصدّقه، فإنّ في نفوذ ذلك على الغرماء في الصورتين الإشكال، ولا كلام في نفوذه في حقّه فيجب عليه مثلها أو قيمتها إذا قسّمت على الغرماء.

قوله: ﴿ولو قال: هذا مضاربة لغائب قيل: يقرّ في يده، ولو قال: لحاضر وصدّقه دُفع إليه، وإلّا قسّم﴾ ونحوه ما في «الشرائع[2] والتحرير[3]». وقال في «المبسوط»: إن أقرّ بالمال إلّا أنّه قال: هو مضاربة لفلان، فإنّ المقرّ له لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون غائباً أو حاضراً، فإن كان غائباً كان القول

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣١.

(٢) شرائع الإسلام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٩٠.

(٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥١١.

ويصبر مَن باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً، ويُحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر، وكذا المقرض. ويضرب المجنيّ عليه بعد الحجر بالأرش وقيمة المتلف.

قول المفلّس مع يمينه أنّه للغائب، فإذا حلف أقرّ المال في يده للغائب ولا حقّ للغرماء فيه، وإن كان حاضراً نظر فيه، فإن صدّقه ثبت له، لأنّه إقرار من جائز التصرّف وصدّقه المقرّ له فوجب أن يكون لازماً، وإن كذّبه بطل إقراره ووجب قسمته بين الغرماء[1].

وفيه بعد تسليم نفوذ إقراره على الغرماء أنّ اليمين لم تشرع لإثبات مال الغير، ثمّ إنّه لا وجه لهامع الإقرار. وأمّا إبقاؤه في يده حيث يسمع إقراره فغير بعيد، لأصالة عدم العدوان وهو مكلّف رشيد، وإنّما ترفع يده عن ماله لتعلّق حقّ الغرماء به، أمّا مال الغير الّذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه. وأمّا إذا كان لحاضر فقد وافقه المصنّف على ما ذكر. وفي «جامع المقاصد» فيه الإشكال المتقدّم وأنّ الأصحّ عدم القبول، وإن لم يصدّقه[2] فقد مرّ مثله وحكمه حكمه.

قوله: ﴿ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً، ويُحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر﴾ قد تقدّم[3] الكلام في ذلك وأنّه قوّى الأخير في «التحرير[4]» وقرّبه في «جامع المقاصد[5]» وأنّ فخر الإسلام في «شرح الإرشاد[6]» خيّره بين الثلاثة. وأمّا العالم فإنّه يجب عليه الصبر بلا ريب.

قوله: ﴿وكذا المقرض﴾ أي تحتمل فيه الوجوه الثلاثة مع الجهل.

قوله: ﴿ويضرب المجنيّ عليه بعد الحجر بالأرش وقيمة المتلف﴾

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٩.

(٢ و٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٨ و٢٣٩.

(٣) تقدّم في ص ٢٥٥.

(٤) تحرير الأحكام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥٢٢.

(٦) شرح الإرشاد للنيلي: في المفلّس ص ٥٥ س ١٤ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

هذا ما لزمه بغير اختيار المستحقّ كأرش الجناية على نفسٍ كانت أو طرف. وعوض التالف إذا كانت على مالٍ مثلاً أو قيمة، وقد صرّح بأنّه يضرب فيهما في «جامع المقاصد[١] والمسالك[٢]». واقتصر في «الشرائع[٣] والإرشاد[٤]» على ذكر الثاني أعني ما إذا أتلف مالاً.

وحجّتهم على الحكم في الأمرين أنّ المجنيّ عليه أو على ماله لم يوجد منه تقصير ولا رضاً، وإنّما ثبت حقّه بوجهٍ قهري، فثبت له استحقاق الضرب، فيبعد تكليفه الصبر والانتظار. وهذا هو الإطلاق الّذي أشرنا إليه آنفاً[٥]. ومن ثمّ قيل[٦] مثل ذلك في الجاهل، إلّا أنّ بينهما فرقاً، وهو أنّ الجاهل مختار، وربّما كان جهله مستنداً إلى تقصيره في البحث عن حال معامله، لأنّ المحجور عليه يشيع خبره على وجهٍ لا يشتبه إلّا على المقصّر في البحث. وهذه الأدلّة كما ترى لا تدفع ما دلّ على تعلّق حقّ الغرماء بالأعيان، فكأنّها صارت لهم ولا مال للمفلّس. فصار ما نحن فيه كما لو جنى الراهن ولا مال له غير المرهون، فإنّه لا يزاحم المجنيّ عليه المرتهن، فتأمّل ولا تغفل عمّا سلف آنفاً.

وقد يستدلّ[٧] عليه بعموم الخبر[٨] الدالّ على الضرب وبما[٩] دلّ على وجوب عوض المتلف. وهي أيضاً كما ترى، ولعلّه لذلك لم يرجّح في «التذكرة[١٠]»

---

(١) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٣٩.
(٢) مسالك الأفهام: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٧.
(٣) شرائع الإسلام: في منع المفلّس عن التصرّف ج ٢ ص ٩٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.
(٥) تقدّم في ص ٢٥٥.
(٦) كما في المسالك: في الحجر على المفلّس ج ٤ ص ٩٧.
(٧) كما في الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على المفلّس ج ٢٠ ص ٣٩٣ ـ ٣٩٤.
(٨) وسائل الشيعة: ب ٦ في أحكام الحجر ح ١ ج ١٣ ص ١٤٦.
(٩) وسائل الشيعة: ب ٥ في أحكام الحجر ح ٢ ج ١٣ ص ١٤٧.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣١.

وأُجرة الكيّال والوزّان والحمّال وما يتعلّق بمصلحة الحجر مقدّمة على سائر الديون.

وتأمّل مولانا المقدّس الأردبيلي[1].

[حكم أُجرة العاملين لأداء دَين المحجور]

قوله: ﴿وأُجرة الكيّال والوزّان والحمّال وما يتعلّق بمصلحة الحجر مقدّمة على سائر الديون﴾ كما في «الإرشاد[2] ومجمع البرهان[3]» وفي الأخير: أنّ وجهه ظاهر، وهذه العبارة نطقت بأنّها في مال المفلّس من دون تقييد. وفي «الشرائع[4] والتحرير[5]» إذا لم يوجد مَن يتبرّع بالبيع ولا بُذلت الأُجرة من بيت المال وجب أخذها من المفلّس. ومقتضى ذلك جواز أخذها من بيت المال. ومعنى عدم بذلها من بيت المال أنّه إذا لم يكن في بيت المال سعة إمّا لعدمه أو للاحتياج إلى صرفه إلى ما هو أهمّ من ذلك جاز أخذها من مال المفلّس. وفي «التذكرة» أنّه مؤنة الأموال كأُجرة الوزّان والناقد والكيّال والحمّال والمنادي وأُجرة البيت الّذي فيه المتاع مقدّمة على ديون الغرماء، لأنّها لمصلحة الحجر وإيصال أرباب الحقوق حقّهم. ولو لم تقدّم لم يرغب أحد في تلك الأعمال وحصل الضرر للمفلّس والغرماء. وهذا كلّه إذا لم يوجد متطوّع بذلك ولا في بيت المال سعة له، فإن وجد متطوّع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلّس إليها[6]. وهو يوافق ما في «الشرائع والتحرير» واستجوده في «المسالك[7]».

(١ و٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٧ و٢٤٨.

(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.

(٤) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٣.

(٥) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٤.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٤ ـ ٣٥.

(٧) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٢.

وله الردّ بالعيب مع الغبطة لا بدونها، وله الفسخ بالخيار والإمضاء من غير تقييدٍ بشرط الغبطة. ويُمنع من قبض بعض حقّه.

وقال في «جامع المقاصد»: إنّه مع وجود بيت المال يشكل المنع من صرف الأُجرة من مال المفلّس، فإنّ ذلك لضرورة وفاء دَينه فكيف لا يجوز صرفه من ماله؟ نعم يجوز ذلك [1]. قلت: وهو كذلك. وأمّا إذا وجد المتطوّع فلا شبهة في عدم جواز صرف الأُجرة من مال المفلّس.

قوله: ﴿وله الردّ بالعيب مع الغبطة لا بدونها، وله الفسخ بالخيار والإمضاء من غير تقييدٍ بشرط الغبطة﴾ قد تقدّم الكلام فيه في أوّل المطلب الثاني [2].

[حكم إسقاط المحجور بعض حقّه]

قوله: ﴿ويُمنع من قبض بعض حقّه﴾ وكذا قال في «التذكرة [3]» وفسّر الشهيد [4] العبارة بأنّه يمنع عن قبض البعض عن الكلّ. وهو معنى قوله في «الإرشاد [5] والتحرير [6]»: ليس له قبض دون حقّه أي صفةً كان أو مقداراً.

وقيّد العبارة في «جامع المقاصد» بما إذا لم يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه، قال: فلو كان عن إتلاف مال كان له قبض البعض، ولو كان عوضاً في بيعٍ لم يكن له ذلك، لأنّ فيه إسقاطاً لحقّ يتعلّق بالمال فيمنع منه، لأنّه تصرّف مبتدأ [7]، انتهى

(١ و٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٠ و٢٤١.

(٢) تقدّم في ص ٢٤٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٤٥.

(٤) الظاهر أنّ مراده هو الشهيد في الحواشي ولم نجده في الحاشية النجّارية الّتي بأيدينا.

(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.

(٦) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥١٠.

ولا يمنع من وطءِ مستولدته، وفي وطء غيرها من إمائه نظرٌ،

فليتأمّل فيه، ولا ريب أنّ المفلّس لا يمنع من قبض ماله وإنّما يمنع من التصرّف فيه، لأنّه ليس بسفيه، فلابدّ أن يراد من العبارة ما فهمه الشهيد.

وفرقه في «جامع المقاصد» بين ما كان عن إتلاف وما كان عوضاً في بيع لم يتّضح لنا وجهه[1]، لأنّ كلّاً منهما دَين لا يجوز له إسقاطه، لأنّه ممنوع من الإسقاط بعوض فبغير العوض أولى كما نصّ عليه في مواضع من «التذكرة[2]» كما لم يتّضح لنا وجه القيد أيضاً.

[حكم منع المحجور عن وطئ أمته]

قوله: ﴿ولا يُمنع من وطءِ مستولدته﴾ كما نصّ عليه في «التذكرة[3]» لأنّ الحجر لا يتعلّق بها، لأنّها لا تباع إلّا إذا كانت قد رهنت قبل الاستيلاد أو كان ثمنها دَيناً على مولاها ولا وجه له سواها، وأمّا بيعها في غير ذلك من تمام العشرين موضعاً فلا تعلّق لأكثرها بما نحن فيه. والقول بوجوب مؤاجرتها لا يستلزم الحجر بها، إذ ذاك متعلّق ببعض المنافع، لكنّ المصنّف سيتردّد فيما يأتي من الكتاب في بيعها من غير رهن، قال: وهل تباع أُمّ ولده من غير رهن؟ نظر، فإن منعناه ففي مؤاجرتها نظر[4]. وهذا النظر ينافي الجزم بجواز وطء المفلّس أُمّ ولده وتردّده في وطء غيرها من الإماء. ويأتي تمام الكلام[5] بلطف الله تعالى وبركة خير خلقه محمّدٍ وآله صلى الله عليه وآله.

قوله: ﴿وفي وطء غيرها من إمائه نظرٌ،﴾ كما في «التذكرة[6]» وهو الأصحّ

---

(١) ويمكن أن يوجّه الفرق المذكور بأنّ الإتلاف أوجب تعلّق حقّه بالعين فلا يجوز إسقاط حقّه عنها لتعلّق حقّ الغرماء بها بخلاف ما إذا كان عوضاً عن بيع فإنّه يوجب تعلّق حقّه بذمّة المشتري ولا تسلّط للغرماء في ذمّته، فتأمّل.

(٢ و٣ و٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٥ و٤٥.

(٤ و٥) سيأتي في ص ٣٠٤.

فإن أحبل فهي أمّ ولد، ولا يبطل حقّ الغرماء منها مع القصور دونها. ولو أقرّ بمالٍ وأطلق لم يشارك المقرّ له الغرماء، لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب.

كما في «جامع المقاصد[1]» ولم يرجّح في «الإيضاح[2]». وينشأ النظر من أنّه تصرّف معرض للإتلاف، لجواز موتها في الطلق أو نقصان قيمتها، ومن أنّه لا يقتضي إخراج ملك. وبهذا التقرير يتّضح وجها النظر ولا حاجة بنا إلى ما في «جامع المقاصد» من توجيه الأوّل بمنعه من التصرّف في أمواله بالحجر وأنّه معرض للإتلاف بالإحبال، فأورد عليه بأنّه لا يتمّ إلّا إذا أبطلنا حقّ الغرماء بالإحبال، وسيأتي أنّه لا يبطل[3].

ويفهم من كلامهم في المقام أنّ التصرّف الّذي لا يضرّ بحقوق الغرماء في الحال ولا في المآل لا يمنع منه المحجور عليه.

قوله: ﴿فإن أحبل فهي أمّ ولد، ولا يبطل حقّ الغرماء منها مع القصور دونها﴾ هذا عين عبارة «التذكرة[4]». وقضية قوله فيهما «مع القصور دونها» أنّها تؤخّر في البيع لئلّا يبطل حقّ الاستيلاد من غير موجب.

[فيما لو أقرّ المحجور عليه بمالٍ وأطلق]

قوله: ﴿ولو أقرّ بمالٍ وأطلق لم يشارك المقرّ له الغرماء، لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب﴾ معنى الإطلاق أنّه لم يسنده إلى ما قبل الحجر ولا إلى ما بعده ولا إلى غيره. والوجه في عدم مشاركته حينئذٍ احتمال كونه بعد الحجر لا عن إتلاف، وأصل عدم المشاركة وأصل تأخّره مع جهل تاريخه كما هو

(١ و٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤١.

(٢) إيضاح الفوائد: في المنع من التصرّف ج ٢ ص ٦٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٤٥.

ولو أقام شاهداً بدين حلف معه وجعل في سائر أمواله، فإن نكل ففي إحلاف الغرماء إشكال.

المفروض وإلّا وجبت مطالبته بالبيان يقضيان بتعيّن هذا الاحتمال.

وقد يكون من صوَر الإطلاق ما إذا أسنده إلى إتلاف ولم يبيّن أنّه قبل الحجر أو بعده،أو أسندهإلى بعد الحجر ولم يبيّن أنّه عن إتلاف وغيره، إلى غير ذلك، فليتأمّل. وهذا مبنيّ على أنّ الإقرار بمال أسنده إلى سبب قبل الحجر أو إتلاف مطلقاً ماضٍ على الغرماء.

[فيما لو أقام المحجور شاهداً بدَين]

قوله: ﴿ولو أقام شاهداً بدَينٍ حلف معه وجعل في سائر أمواله، فإن نكل ففي إحلاف الغرماء إشكالٌ﴾ لانعلم خلافاًفي أنّه للمفلّس المحجور عليه الدعوى كما في «التذكرة[1]» فلو أقام شاهداً واحداً بدعواه، فإن حلف مع شاهده جاز واستحقّ به المال وتعلّق به حقّ الغرماء، وقد صرّح بذلك في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتحرير[4] والتذكرة[5] والإرشاد[6]» وغيرها[7]. ووجهه واضح، وإن امتنع لم يجبره الحاكم على اليمين، لأنّا لا نعلم صدق الشاهد، ولو علمناه ثبت الحقّ بشهادته من غير يمين، فلانجبره على الحلف على ما لانعلم صدقه. وأيضاً فالحلف تكسّب وهو غير واجب عليه، فلو نكل لم يحلف الغرماء مع الشاهد كما هو خيرة

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٨.

(٢) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٦.

(٣) شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩٣.

(٤) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥١٠.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٨.

«المبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والتذكرة[٥] والإيضاح[٦] وجامع المقاصد[٧] والمسالك[٨] ومجمع البرهان[٩]» وهو مذهب الأكثر كما في «المسالك[١٠]». وفي «مجمع البرهان» كأنّه مجمع عليه[١١]. وفي «التذكرة» لم يحلف الغرماء مع الشاهد عندنا[١٢]. وفي «جامع المقاصد» الإجماع على امتناع اليمين لإثبات مال الغير[١٣].

والقول بالجواز لأبي عليّ[١٤] لأنّه يعود النفع إليهم ويستحقّون المطالبة، فهو مال لهم بالقوّة القريبة. وفيه: أنّه لا يخرج بذلك عن كونه مال الغير. وقيل[١٥]: إنّ فيه إشكالاً آخر، وهو أنّ كلّ واحد منهم إن حلف على مجموع المال كان حلفاً لإثبات مال لغيره، وهو باقي الغرماء، وهو ممتنع أيضاً زيادةً على ما تقدّم، وإن حلف على بعضه، وهو القدر الّذي يصيبه بالتقسيط لم يثبت له أجمع بل يثبت له بعضه. وفيه: أنّ لأبي عليّ أن يقول: إنّا نختار الأوّل ولا يستلزم ذلك إثبات باقي الدَين لباقي الغرماء، لأنّا نقول: إنّما يثبت بذلك استحقاقه، إلّا أن تقول: إنّه يتضمّن إثبات مال الغير أيضاً، لأنّ استحقاقه حصّته فرعٌ على ثبوت جميع الدَين في ذمّة المديون وإن لم يثبت بذلك استحقاق باقي الغرماء، فتأمّل.

ثمّ إنّ الشهيد ذكر أنّ أقسام الحالف لمال الغير ثلاثة: الأوّل: أن لا يكون للحالف

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٦.
(٢) شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩٣.
(٣) تحرير الأحكام: في منع المفلّس عن التصرّفات ج ٢ ص ٥١٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٣٩٨.
(٥ و ١٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٣٨.
(٦) إيضاح الفوائد: في المنع من التصرّف ج ٢ ص ٦٩.
(٧ و ١٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٢.
(٨ و ١٠) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١١٨ ـ ١١٩.
(٩ و ١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٨.
(١٤) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في المفلّس ج ٥ ص ٤٥٢.
(١٥) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١١٩.

وكذا لو كان الدَين لميّتٍ ونكل الوارث. ويمنعه صاحب الدَين الحالّ من السفر قبل الإيفاء،

فيه حقّ، فلا يصحّ حلفه إجماعاً. الثاني: أن يكون للحالف حقّ ولغيره حقّ لكن حقّ الحالف مقدّم كما نحن فيه وكالمرتهن، وخلاف أبي عليّ في هذا القسم. الثالث: أن يكون للحالف حقّ ولغيره حقّ ولكن حقّ الغير مقدّم كالراهن ومالك الجاني، فهذا يحلف ويثبت حقّ غيره، وهو جائز إجماعاً. قال: والوسيلة في جواز حلف الغرماء إذا علموا امتناع الوارث أو المفلّس أن ينقلوا المال إليهم بعقدٍ شرعي يعلم به الشاهد ثمّ يشهد ويحلفون [1]. انتهى فليتأمّل فيه جيّداً.

قوله: ﴿وكذا لو كان الدَين لميّتٍ ونكل الوارث﴾ أي وكذا يجيء الإشكال لو كان الدَين لميّت له غرماء ونكل الوارث، لكن قال الشهيد: لو كان الدَين لميّت وامتنع الورثة من اليمين جاز للغرماء أن يحلفوا على الأقوى، كذا في «الحواشي [2]» ولعلّه لأنّ نكول المفلّس يورث ريبةً ظاهرة ولا كذلك الوارث لأنّه قد يخفى الحقّ عليه ولا يخفى على الغرماء، وأنّ غرماء الميّت آيسون من حلفه فمكّنوا من اليمين، ولا كذلك غرماء المفلّس، فتأمّل.

[في منع صاحب الدَين الحالّ من السفر قبل الإيفاء]

قوله: ﴿ويمنعه صاحب الدَين الحالّ من السفر قبل الإيفاء﴾ الوجه فيه أنّ أداء الدَين الحالّ مع المطالبة والتمكّن من الأداء واجب على الفور، فله المنع من كلّ ما ينافيه، والحكم ممّا لا ريب فيه. وليس هذا في الحقيقة منعاً من السفر كما يمنع السيّد عبده والزوج زوجته، بل هو شغل له عن السفر برفعه إلى الحاكم ومطالبته حتّى يوفّي الحقّ وحبسه إن ماطل.

(١ و ٢) لم نعثر عليهما.

لا المؤجّل، ولا يطالبه بكفيلٍ ولا إشهادٍ وإن كان الدّين يحلّ قبل الرجوع،

والضمير في «يمنعه» راجع إمّا إلى المديون بدلالة صاحب الدّين عليه أو بدلالة المفلّس عليه، لأنّه مثله على حدّ قوله جلّ شأنه: ﴿وما يعمّر من معمّر ولا ينقص من عمُره﴾ [1] أي من عمر آخر، لامتناع النقص في عمر مَن زيد في عمره بالتعمير.

قوله: ﴿**لا المؤجّل، ولا يطالبه بكفيلٍ ولا إشهادٍ وإن كان الدَين يحلّ قبل الرجوع**﴾ إذا كان الدّين مؤجّلاً لا يمنع منه، سواء كان السفر مخوفاً أم لا، خلّف وفاءً أم لا، إذ ليس له مطالبته في الحال بالحقّ، فليس له أيضاً مطالبته برهنٍ ولا كفيل، لأنّه ليس له مطالبته بالحقّ، فكيف تكون له المطالبة بالرهن والكفيل وهو المفرّط في حظّ نفسه حيث رضي بالتأجيل من دون رهنٍ ولا كفيل؟

وقد حكم هنا بأنّه ليس له المطالبة بالإشهاد لأصالة العدم ولأنّ الأمر في قوله جلّت عظمته ﴿واستشهدوا شهيدين﴾ [2] للإرشاد، ولمثل ما قلناه [3] سابقاً حيث رضي بدون إشهاد. وقرّب في «التذكرة» أنّه له ذلك [4]. وفي «جامع المقاصد [5]» أنّه الظاهر، لأنّ في ترك الإشهاد ضرراً بيّناً، فهو منفيّ بالآية [6] والحديث [7]. وفيه: أنّه هو الّذي أدخله على نفسه. ولعموم قوله «واستشهدوا» فيشمل ابتداء الإدانة واستدامتها. ومتى توجّه الأمر بالإشهاد إلى صاحب الدّين فلابدّ من إيجاب ذلك على المديون وإلّا لم تكمل فائدة الأمر. وفيه: أنّا إذا قلنا إنّ الأمر للإرشاد كما عليه الأصحاب [8] لم يتّجه ذلك. قال: ولأنّ حقّية الدّين ثابتة، إنّما المنفيّ استحقاق المطالبة قبل الأجل،

---

(١) فاطر: ١١. (٢) البقرة: ٢٨٢.

(٣) تقدّم في باب النقد والنسية ج ١٣ ص ٦٣٢ وفي ج ١٤ ص ٧٤١ ـ ٧٤٦ ما يتعلّق بذلك، فراجع.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٤٢.

(٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٣. (٦) الحج: ٧٨.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ١٠ في بيع الماء والمنع منه ... ح ٦٥١ ج ٧ ص ١٤٦ وب ١٤ في الشفعة ح ٧٢٧ ج ٧ ص ١٦٤.

(٨) كما في زبدة البيان: في أحكام الدّين ص ٤٤٦.

ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب.

(المطلب الثالث) في بيع ماله وقسمته:

ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلّا تطول مدّة الحجر،

فكلّ ما تفرّع على استحقاق الأخذ من الرهن والكفيل لا يجب، بخلاف ما كان مرتّباً على أصل الدَين وهو الإشهاد. وفيه أنّ هذه التفرقة غير واضحة.

ولا فرق بين أن يكون الأجل قليلاً أو كثيراً ولا بين أن يكون السفر طويلاً أو قصيراً، فلو بقي من الأجل نصف نهار ثمّ أراد إنشاء سفر طويل في أوّله لم يكن لصاحب الدَين منعه كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» والمخالف في ذلك بعض الشافعية[3] ومالك[4].

قوله: ﴿ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب﴾ لما فيه من الإضرار والاستخفاف من غير استحقاق.

قال في «التذكرة»: إذا ثبت هذا فإنّه إذا حلّ الأجل وهو في السفر وتمكّن من الأداء وجب عليه إمّا برجوعه أو بإنفاذ وكيله أو ببعث رسالة أو بغيره من الوجوه[5].

قال في «جامع المقاصد»: هذا ناظر إلى عدم وجوب الأداء في غير بلد الدَين، وقد حقّقنا الحال في باب البيع وباب الدَين[6]. وهذه المسائل من أحكام الدَين استطرادها هنا للمشاكلة.

﴿المطلب الثالث: في بيع ماله وقسمته﴾

[في أنّ للحاكم المبادرة إلى بيع ماله]

قوله: ﴿ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلّا تطول مدّة

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٤٢ و٤٣.

(٢ و٦) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٤.

(٣ و٤) فتح العزيز (بهامش المجموع): ج ١٠ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.

وإحضار كلّ متاع إلى سوقه،

الحجر﴾ هذا الحكم لم يتعرّض له أحد قبل المصنّف فيما أجد. وظاهره هنا أو صريحه الاستحباب كما هو صريح «التذكرة[١]». وقال في «التحرير[٢]»: على الحاكم أن يبادر إلى بيع ماله وقسمته، وظاهره الوجوب. وقد علّله هنا بما سمعت، وزاد في «التذكرة» خوف التلف[٣]. وقال في «جامع المقاصد»: إنّ تعليل الكتاب يرشد إلى الوجوب، فإنّ المنع من التصرّفات بالحجر على خلاف الأصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة. قال: والوجوب أظهر، وأنّ عبارة الكتاب تحتمل الأمرين وإن كانت أظهر في الاستحباب إلّا أنّ التعليل يرشد إلى الوجوب[٤]. قلت: قد عرفت ما في «التذكرة» من التصريح بالاستحباب مع التعليل المذكور وزيادة. والأصل بمعانيه الثلاثة يدفع الوجوب.

وقال في «التذكرة»: ولا يفرّط في الاستعجال كيلا يطمع فيه المشترون بثمنٍ بخس[٥]. واستحسنه في «جامع المقاصد[٦]».

قوله: ﴿وإحضار كلّ متاع إلى سوقه﴾ أي أنّ ذلك مستحبٌ كما في «المبسوط[٧] والشرائع[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠]» وغيرها[١١]. وفي «المسالك[١٢] ومجمع البرهان[١٣]» أطلق الجماعة الاستحباب. وظاهر «اللمعة» الوجوب[١٤]. وبه

(١ و٣ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحجر على المفلّس ج ١٤ ص ٤٧.
(٢ و٩) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٣ و٥٢٤.
(٤ و٦) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٥.
(٧) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٧٠.
(٨) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٣.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٤٠٠.
(١١) كالحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على المفلّس ج ٢٠ ص ٤٠٧.
(١٢) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٠.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٥.
(١٤) اللمعة الدمشقية: في الدّين ص ١٣٥.

وإحضار الغرماء،

جزم في «الروضة[١]» مع رجاء زيادة القيمة. وفي «المسالك[٢]» أنّه حينئذٍ أولى، واستحبّه فيه إذا وثق بانتفاء الزيادة إذا باعه في غير سوقه. ونفى عنه ـ أي الوجوب ـ البعد في «جامع المقاصد[٣]» إلّا أن يقطع بانتفاء الزيادة بإحضاره في سوقه. وفي «مجمع البرهان» أنّ المناسب حينئذٍ الوجوب[٤].

قلت: والأصل ينفي ذلك، والوجوب يحتاج إلى دليل، إلّا أن يقطع بنقصان القيمة إذا بيع في غير سوقه، لأنّه لا يزيد عن مال الطفل وقد قالوا: إنّه لا يجب عليه أكثر من مراعاة المصلحة بمعنى عدم النقيصة، ومنهم صاحب «جامع المقاصد[٥]» وأنّه لا يجب عليه تحرّي الأصلح وما فيه الغبطة، وهذا نافع في هذا الباب. وفي «المبسوط[٦] والتذكرة[٧]» أنّه إن باعه في غير سوقه بثمن مثله كان جائزاً، لأنّ المقصود قد حصل. وفي «جامع المقاصد» لو شقّ نقله إلى سوقه نودي عليه فيه[٨].

[في أنّ للحاكم إحضار الغرماء عند البيع]

قوله: ﴿وإحضار الغرماء﴾ أي يستحبّ ذلك كما في «المبسوط[٩] والشرائع[١٠]

---

(١) الروضة البهية: في الدَين ج ٤ ص ٣٨.
(٢) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٠.
(٣ و٨) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٥.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٥.
(٥) جامع المقاصد: في الحجر ج ٥ ص ١٨٩.
(٦ و٩) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٧٠ و٢٦٩.
(٧) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٤٩.
(١٠) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٣.

والبدأة بالمخوف تلفه،

والتحرير[١] والإرشاد[٢] والمسالك[٣] ومجمع البرهان[٤]» لأنّه يباع لهم فربّما رغبوا في بعض المتاع فزادوا فيكون أوفر للثمن وأبعد للتهمة. وظاهر «المبسوط[٥]» وجوب إحضار الغريم. وفي «التذكرة[٦] والتحرير[٧]» صرّح باستحباب إحضاره أو وكيله. وفي «جامع المقاصد» أنّه لو رجي بحضورهم زيادة نفع وجب[٨]. واحتمله في «المسالك[٩]».

وينبغي إحضار المفلّس، وقد ذكر في «التذكرة» لحضور المفلّس فوائد، وهي أنّه أخبر بمتاعه وأعرف بجيّده من رديئه وثمنه ويعرف المعيب من غيره ولأنّه تكثر الرغبة بحضوره فإنّ شراء المال من مالكه أحبّ إلى المشتري ولأنّه أبعد عن التهمة وأطيب لقلب المفلّس وليطّلع على العيب إن كان فيباع على وجهٍ لا يردّ. ومثل هذا في الرهون. قال: وليس ذلك واجباً فيهما[١٠].

[في ما يقدّم بيعه من الأموال للغرماء]

قوله: ﴿والبدأة بالمخوف تلفه﴾ أي يستحبّ كما في «المبسوط[١١] والشرائع[١٢] والتحرير[١٣]» وظاهر «الإرشاد[١٤] والتذكرة[١٥]» الوجوب. وهو صريح «جامع المقاصد[١٦] والمسالك[١٧] ومجمع البرهان[١٨]» بل في الأوّل أنّه لا ريب في

(١ و٧ و١٣) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٣.
(٢ و١٤) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٤٠٠.
(٣ و٩ و١٧) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٠ و١٢١.
(٤ و١٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٥ و٢٦٤.
(٥ و١١) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٦٩ و٢٧٠.
(٦ و١٠ و١٥) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٤٧ و٤٨.
(٨ و١٦) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٥ و٢٤٦.
(١٢) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٣.

ثمّ بالرهن،

وجوبه لوجوب الاحتياط على الأُمناء والوكلاء، فالحاكم أولى فإنّ تصرّفه قهري، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف، فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما أوّلاً[1].

قلت: لعلّ مَن جعل ذلك من المستحبّ اعتبر احتمال التلف كغيره لا ظنّ التلف والعلم به قبل بيعه فإنّه حينئذٍ تجب المبادرة. ويمكن أن يقال[2]: إنّ كون الشيء مخوفاً تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف في الوقت فلا يلزم وجوب المبادرة إليه، لأنّ ذلك إنّما هو عند خوف التلف، ولا يلزم من كون الشيء مخوف التلف باعتبار شأنه من جنسه أن يكون مخوف التلف في وقته.

قوله: ﴿ثمّ بالرهن﴾ البداة بالرهن بعد المخوف تلفه خيرة «المبسوط[3] والشرائع[4] والتحرير[5] والإرشاد[6]» على ما اختير فيها من وجوب وندب إلّا أنّ وجوب تقديم الرهن على غيره كما هو ظاهر «الإرشاد[7]» وصريح «جامع المقاصد[8]» غير ظاهر. ووجهه على التقديرين أنّه ربّما زادت قيمته على دَين المرتهن فيضمّ الباقي إلى مال المفلّس، وربّما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دَينه مع باقي الغرماء، وهذا قد يعلم قبل القسمة فيناسب الاستحباب.

وظاهر «التذكرة» وجوب تقديم ما يخشى تلفه واستحباب البداة ببيع الرهن وتقديمه على غيره، قال: مسألة، ينبغي للحاكم أن يبدأ ببيع الرهن إلى آخره، ثمّ

(١ و ٢ و ٨) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٦.
(٣) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٧٠.
(٤) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٣.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٤.
(٦ و ٧) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٤٠٠.

والجاني،

قال: مسألة، ويقدّم بيع ما يخاف عليه الفساد ثمّ الحيوان لحاجته إلى النفقة وكونه عرضة للهلاك ثمّ سائر المنقولات[1]. فقوله في «المسالك»: «وهذا التقديم يناسب الاستحباب ـ أي تقديم الرهن على غيره ـ لأنّ الغرض معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة، وفي التذكرة قدّمه ـ أي الرهن ـ على بيع المخوف، وما هنا ـ أي الشرائع ـ أولى»[2] غير جيّد، إذ قد عرفت ما في التذكرة وأنّه ليس فيها إلّا التقديم بحسب الذكر لا التقديم بالفعل.

قوله: ﴿والجاني﴾ جعل بيع الجاني بعد الرهن كما في «المبسوط[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والمسالك[6]» لأنّ العبد الجاني في حكم الرهن، لتعلّق حقّ المجنيّ عليه برقبته واختصاصه به، وربّما فضل منه فضلة كالرهن، ويفارقه بأنّه لو قصر عن أرش الجناية لم يستحقّ المجنيّ عليه الزائد، لأنّ حقّه لم يتعلّق بالذمّة بل بالعين بخلاف الرهن فإنّه متعلّق بهما. وفي «جامع المقاصد» أنّ هذا الحكم كسابقه ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب[7].

وجعل في «المبسوط[8] والتذكرة[9]» وكذا «التحرير[10] والمسالك[11]» بيع الحيوان بعد بيع الجاني. ونفى عنه البُعد في «جامع المقاصد[12]» لحاجته إلى النفقة وكونه عرضة للهلاك. وقال في «التذكرة»: ثمّ سائر المنقولات، لأنّ التلف إليها أسرع من العقارات، لأنّها لا يخشى عليها التلف ولا السرقة[13].

(١ و٤ و٩ و١٣) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٤٧ و٤٨.
(٢ و ٦ و١١) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢١.
(٣ و٨) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٧٠.
(٥ و١٠) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٤.
(٧ و١٢) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٦.

والتعويل على منادٍ مرضيّ عند الغرماء والمفلّس،

[حكم التعويل على المنادي المرضيّ في البيع]

قوله: ﴿والتعويل على منادٍ مرضيّ عند الغرماء والمفلّس﴾ أي ينبغي ذلك كما في «الشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤]». وقال في «المبسوط»: إذا أراد الحاكم بيع متاع المفلّس يقول للمفلّس والغرماء ارتضوا بمنادٍ ينادي ويكون ثقةً صادقاً، لأنّ الحاكم لا يتولّى ذلك ولا يكلّف الغرماء أن يتولّوا ذلك، فإن اتّفقوا على رجل نظر الحاكم، فإن كان ثقة أمضاه، وإن كان غير ثقة ردّه، لأنّه يتعلّق بنظره[٥]. فكلامه محتمل للوجوب والندب والوجوب أظهر. وفي «جامع المقاصد» هذا الحكم ينبغي أن يكون على طريق الوجوب، لأنّ الحقّ في ذلك للمفلّس فإنّه ماله والغرماء، لأنّهم استحقّوا صرفه إليهم بدَينهم[٦].

قلت: بل قد يقال: إنّه ينبغي أن يكون على سبيل الاستحباب، لأنّ الحاكم بحجره على المكلّف أسقط اعتباره وكان كوكيله، وحقّ الغرماء الاستيفاء من القيمة، وهي حاصلة بنظر الحاكم. والحاصل: أنّه يفوّض إليهم التعيين[٧] كما قال هو في «جامع المقاصد» قال: فإن اتّفقوا عليه وكان مرضيّاً أي ثقةً أمضاه الحاكم، وإلّا ردّه وعيّن مرضيّاً[٨]. قلت: هذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم. وفي «التذكرة[٩] وجامع المقاصد[١٠]» وليس ذلك كالراهن والمرتهن إذا اتّفقا على غير ثقة لبيع الرهن، إذ

---

(١) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٣.
(٢ و ٩) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٤٨.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٣ ـ ٥٢٤.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٤٠٠.
(٥) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٦٩.
(٦ و ٨ و ١٠) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٧.
(٧) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٢.

فإن تعاسروا عيّن الحاكم، وأُجرته على المفلّس.
ولا يسلّم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخّراً أو معاً،

لانظر للحاكم معهما بخلاف ما هنا فإنّ للحاكم نظراً في مال المفلّس إذ الحجر بحكمه، وربّما ظهر غريم فيتعلّق حقّه.

قوله: ﴿فإن تعاسروا عيّن الحاكم﴾ كما في «الشرائع»[1]. قال في «المبسوط»: وإن اختلفوا فاختار المفلّس رجلاً والغرماء آخر نظر الحاكم، فإن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة أمضى الثقة وقبله، وإن كانا ثقتين إلّا أنّ أحدهما بغير اُجرة قبله وأمضاه، وإن كانوا جميعاً بأجرة قبل أوثقهما وأصلحهما للبيع[2]. وزاد في «التذكرة» أنّهما إن كانا متطوّعين ضمّ أحدهما إلى الآخر، لأنّه أحوط[3].

قال في «جامع المقاصد» بعد نقل كلام التذكرة: ومن هنا يُعلم أنّ عبارة الكتاب تحتاج إلى تنقيح[4]. قلت: قوله «إن تعاسروا عيّن الحاكم» محرّر منقّح، لأنّهما إن كانا متطوّعين ثقتين عارفين وتعاسروا فلا ريب أنّه يعيّن الحاكم، والضمّ أيضاً من تعيين الحاكم.

قوله: ﴿وأُجرته على المفلّس﴾ تقدّم[5] الكلام فيه.

[حكم تسليم مال المفلّس قبل قبض الثمن]

قوله: ﴿ولا يسلّم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخّراً أو معاً﴾ هذا

---

(١) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٣.
(٢) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٦٩.
(٣) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٤٩.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٧.
(٥) تقدّم في ص ٢٧٣.

معنى قوله في «الشرائع» ولا يجوز تسليم مال المفلّس إلّا مع قبض الثمن، فإن تعاسرا تقابضا معاً[1]. وفي «التحرير» لا يدفع إلى مَن اشترى شيئاً حتّى يقبض الثمن، فإن امتنع المشتري أُجبر على التسليم والأخذ[2]. قلت: الأقسام أربعة لا سبيل إلى جبر البائع على التسليم أوّلاً، لأنّ مَن يتصرّف للغير لابدّ وأن يحتاط، فإن خالف الواجب وسلّم المبيع قبل قبض الثمن ضمن وأثم، لكنّه قال في «المبسوط»: إنّ هذا أولى بعد أن صحّح أنّهما يجبران كما ستسمع. ولا سبيل إلى عدم جبرهما لتعلّق حقّ الغرماء بالثمن وهو حالّ، فلا سبيل إلى تأخيره، بل لو رضي المفلّس والغرماء بالتأخير لم يكن للحاكم أن يرضى بذلك على احتمال، لإمكان ظهور غريمٍ آخر، فدَينه يتعلّق بالمال، فتعيّن أحد القسمين الآخرين، وهو إمّا أن يجبر المشتري على التسليم أو يجبران معاً، وهو خيرة «المبسوط[3]» في أوّل كلامه و«المختلف[4]» فقد اختلف كلام المبسوط كما قال في المختلف من دون تقادم عهد، وقد يتجشّم الجمع والتأويل. وقد يحتمل احتمال آخر وهو أن يجبر على التسليم إلى عدل. وما يقبضه الحاكم من أثمان المبيع من أموال المفلّس على التدريج، فإن كان الغريم واحداً سلّم إليه من غير تأخير، وكذا إن أمكنت قسمته بسرعة لم يؤخّر، وإن كان يعسر قسمته لقلّته وكثرة الديون فله أنّ يؤخّر ليجتمع، فإن امتنعوا من التأخير قسّم عليهم. ويأتي في كلام المصنّف ما إذا اقتضت المصلحة تأخير القسمة.

---

(١) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٤.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٤.
(٣) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٧٠.
(٤) مختلف الشيعة: في المفلّس ج ٥ ص ٤٥٠.

وإنّما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً، فإن خالف جنس الحقّ صرف إليه.

[فيما يجب أن يبيع مال المفلّس به]

قوله: ﴿وإنّما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» ووجهه واضح لما في النقصان عن ثمن المثل من الضرر في ذلك الزمان والمكان، بل يباع بثمن المثل فصاعداً إن أمكن من دون سعي، بل قال في «التذكرة»: لو كان بقرب بلد ملك المفلّس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلّس أنفذ الحاكم إليهم[3] ليتوفّر الثمن على المفلّس. وخصّ العقار بالذكر لأنّه ونحوه ممّا يرحل إليه ولا يستهجن الإنفاذ بسببه، وإلّا فما كان الناس ليرحلوا من بلد إلى بلد لشراء أثاث البيت، ونحوه من طعام وغيره، فلا وجه لقوله في «جامع المقاصد[4]»: لا وجه لتخصيص العقار بل وكذا غيره. وقال في «التذكرة»: ويبيع بنقد البلد وإن كان من غير جنس حقّ الغرماء. ومعناه أنّه لا يبيع إلّا بنقد البلد، لأنّه أوفر، ولأنّ التصرّف على الغير يراعى فيه المتعارف. وأمّا كونه حالاً فلأنّه قد تقدّم أنّه يجب قبض الثمن أوّلاً ولما في إدامة الحجر من الضرر[5].

قوله: ﴿فإن خالف جنس الحقّ صرف إليه﴾ قال في «التذكرة»: إن كان الثمن من جنس مال الغرماء دفع إليهم، وإن كان من غير جنسه فإن لم يرض المستحقّون إلّا بجنس حقّهم صرف إلى جنس حقّهم[6]. ووجهه أنّ ذلك معاوضة لا تجوز إلّا مع التراضي، فإن رضوا جاز صرفه إليهم برضا المفلّس. وفي «التحرير» فإن كان من غير جنس الحقّ دفع إلى الغرماء بالقيمة[7].

(١ و٣ و٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٥٠.

(٢ و٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٨.

(٧) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٤.

ثمّ يقسّم الثمن على نسبة الديون الحالّة خاصّة. ولا يكلّف الغرماء حجّةً على انتفاءغيرهم، بل يكتفى بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر، ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جُعل في ذمّة مليّ احتياطاً، فإن تعذّر أُودع.

[في قسمة الثمن على الديون الحالّة]

قوله: ﴿ثمّ يقسّم الثمن على نسبة الديون الحالّة خاصّة، ولا يكلّف الغرماء حجّةً على انتفاء غيرهم، بل يكتفى بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر﴾ قال في «التذكرة»: إذا طلب أرباب الديون القسمة عليهم لم يكلّفهم الحاكم إقامة البيّنة على أنّه لا غريم سواهم. ويكتفي الحاكم في ذلك بالإعلان والإشهاد بالحجر عليه، إذ لو كان هناك غريم لظهر وطالب بحقّه. ولا فرق بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة إلّا أنّ الورثة يحتاجون إلى إقامة البيّنة على أن لا وارث غيرهم بخلاف الغرماء. والفرق أنّ الورثة أضبط من الغرماء. وهذه شهادة على النفي يعسر تحصيلها ومدركها، فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر [1]، انتهى. وفيه تأمّل كما في «مجمع البرهان [2]» بل ينبغي عدم التأخير في الورثة والغرماء إلّا مع المظنّة للأصل وعدم جواز منع الناس عن حقوقهم.

قوله: ﴿ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جُعل في ذمّة مليّ احتياطاً، فإن تعذّر أُودع﴾ كما في «المبسوط [3] والتذكرة» لكنّه قال في «التذكرة»: إنّه أولى [4]. وكأنّه وافقه صاحب «جامع المقاصد [5]» وينبغي أن يقولوا مع الرهن كما

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٥٣ و٥٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٧١.

(٣) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٧١.

(٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٩.

ولا يُباع دار السكنى ولا خادمه، ويُباع فاضلهما،

تقدّم مثله في باب الدّين [١]. وينبغي أن يذكروا بيعه أيضاً، وقد يكون مراداً من العبارة.

وظاهر «الشرائع [٢]» التوقّف في جعله في ذمّة مليّ حيث نسبه إلى القيل. ووجهه ـ أي التوقّف ـ أنّ وظيفة الحاكم في الأموال الّتي يليها إنّما هو الإيداع كما هو الشأن في أموال اليتامى وغيرهم ممّن أمره أشدّ من مال المفلّس، فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة. وفرّق بينهما في «التذكرة» فرقاً حكاه عن بعض أصحاب الشافعي، وهو أنّ مال الصبيّ معدّ لمصلحة تظهر له من شراءٍ أو تجارة عقار، وقرضه قد يتعذّر معه المبادرة إلى ذلك، ومال المفلّس معدّ للغرماء خاصّة فافترقا [٣]، انتهى فتأمّل.

ولا يجوز تأجيل القرض بسببٍ يقتضيه من اشتراط في بيعٍ ونحوه كما في «التذكرة [٤] وجامع المقاصد [٥]».

وقال في «التذكرة»: وينبغي أن يودع ممّن ترتضيه الغرماء، فإن اختلفوا أو عيّنوا مَن ليس بعدل لم يلتفت الحاكم وعيّن مَن أراد من الثقات ولا يودع مَن ليس بعدل [٦]. والمحقّق الثاني [٧] والشهيد الثاني [٨] على أنّه ينبغي اعتبار رضا المفلّس أيضاً.

[فيما يبقى ويراعى للمفلس في ماله]

قوله: ﴿ولا يُباع دار السكنى ولا خادمه ويُباع فاضلهما﴾ قد حكي

(١) تقدّم في ص ج ١٥ ص ١٩ ـ ١٢١ فليلاحظ.
(٢) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٤.
(٣ و ٤ و ٦) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٥٢.
(٥ و ٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٩.
(٨) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٣.

ويجرى عليه نفقته مدّة الحجر ونفقة مَن تجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جارٍ عادة أمثاله إلى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليـوم خاصّة.

الإجماع في «المبسوط[١] والغنية[٢]» على أنّه لاتباع دار سكناه ولا خادمه الّذي يخدمه. وهو ـ أي الإجماع ـ صريح «التذكرة[٣]» في الأوّل أي الدار وظاهرها في الخادم. وزاد في «الغنية» الإجماع على عدم بيع دابّته الّتي يجاهد عليها[٤].

وقد جزم هنا بأنّه يباع فاضلهما، وهو الّذي كان يرويه محمّد بن الحسن بن الوليد[٥]. وبه جزم في «الروضة[٦]» ومنع في «التذكرة» من بيع الدار والخادم وتكليفه شراء أدون منهما للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الأشياء. وقال: إن كان في سكناه فضلة يستغني عنها وجب بيع تلك الفضلة[٧]. ووافقه على هذا جماعة منهم صاحب «الجامع[٨]» وقد تقدّم الكلام في ذلك كلّه مستوفى في باب الدّين[٩]. وقد يكون أراد بالفاضل هنا ما يخصّ العين فيوافق التذكرة أو ما يعمّ باعتبار العين والقيمة فيوافق ما رواه ابن الوليد رحمه الله. فإذا كانت الدار واسعة يكتفي ببعضها أو نفيسة يكفيه دار بقيمة بعضها أو الخادم متعدّداً أو نفيساً كذلك وجب البيع والاقتصار على ما يكفي. وكذلك الشأن في فرسه. وتمام الكلام في باب الدّين.

قوله: ﴿ويجرى عليه نفقته مدّة الحجر ونفقة مَن تجب عليه نفقته

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٦.

(٢ و ٤) غنية النزوع: في التفليس ص ٢٤٩.

(٣ و ٧) تذكرة الفقهاء: في الدّين ج ١٣ ص ١٤ و ١٦.

(٥) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الدين والقروض ح ٦ ج ١٣ ص ٩٦.

(٦) الروضة البهية: في الدين ج ٤ ص ٤٣.

(٨) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٩) تقدّم بحثه في ج ١٥ ص ٢٧ ـ ٣٣.

بالمعروف وكسوته جارٍ عادة أمثاله إلى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصّة﴾ لأنّه موسر في أوّل ذلك اليوم، ولا يزيد على ذلك لأنّه لا ضبط بعده، هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات، فإن كان ذا صنعة تكفيه لذلك أو كان يقدر على تكسّب ذلك لم يُترك له شيء. وقد نصّ على ذلك في «التذكرة[1]». ولا ينافيه قولهم[2] «لا يجب عليه التكسّب كقبول الهبة والوصية والصدقة» لأنّ هذا لا يجب للغرماء لا للنفقة، فتأمّل.

وهل ينفق على الزوجات نفقة المعسرين أو الموسرين؟ قرّب في «التذكرة[3]» الأوّل واحتمل الثاني.

ولعلّ الدليل على جميع ما ذكر في المتن الإجماع كما يُفهم من ظاهر كلامهم كما في «مجمع البرهان[4]». ويمكن فهم ذلك كلّه من الرواية الدالّة على استثناء المسكن بمفهوم الموافقة أو تنقيح المناط. وأطلق الأهل في «الإرشاد[5]» ولم يقيّدهم بمن تجب نفقتهم. وقد تقدّم[6] الكلام في ذلك كلّه أيضاً وبيّنّا أنّهم قالوا في باب الدّين: إنّه يستثنى له قوت يوم وليلة له ولعياله، وهذا يخالف ما هنا من أنّه يعطى نفقة ذلك اليوم خاصّة، وكان الجمع ممكن. وقوله «بالمعروف» قيد في النفقة كما أنّ قوله «جاري عادة أمثاله» قيد في الكسوة كما هو المتعارف في لسان أهل العرف. والمراد العادة في الشرف والضعة على الظاهر، فلا يغني أحدهما عن الآخر كما ظنّه في «جامع المقاصد[7]». وقد يراد بالمعروف الاقتصاد ويكون الغرض المنع من التوسعة الّتي

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٥٩.
(٢) كما في الشرائع: ج ٢ ص ٩٣، والتذكرة: ج ١٤ ص ١٧٩، وغاية المرام: ج ٢ ص ١٧٣.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٤٠٠.
(٦) تقدّم الكلام كله في ج ١٥ ص ٢٧ ـ ٣٣، فراجع.
(٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٠.

ولـو اتّفقت القسمة فـي طريق سفره فالأقرب الإجراء إلى يـوم وصوله. ويقدّم كفنه الواجب.

هي فوق الاقتصاد وإن لم تعدّ إسرافاً كما تقدّم مثله في باب الدَين [١].

قوله: ﴿ولو اتّفقت القسمة في طريق سفره فالأُقرب الإجراء إلى يوم وصوله﴾ كما في «الإيضاح [٢] وجامع المقاصد» وقد استضعفا العدم لمكان الإضرار المؤدّي إلى الهلاك أو المشقّة العظيمة لولاه. وظاهر العبارة أنّ المراد وصوله إلى منزله. وفي «جامع المقاصد [٣]» أنّه مستقيم إن لم يكن دونه موضع آخر، فإن كان دونه بلد آخر ففي الإجراء إلى وطنه المألوف إشكال.

قوله: ﴿ويقدّم كفنه الواجب﴾ إجماعاً كما في «جامع المقاصد [٤]» وظاهر «مجمع البرهان [٥]» ويدلّ عليه صحيحة زرارة [٦] ورواية إسماعيل بن أبي زياد [٧] قالوا كما في «الكفاية [٨]» ويقتصر على الواجب، والرواية مطلقة. وفي «التذكرة [٩]» بأنّه لا يجوز أن يكفّن بأزيد إلّا بإذن الغرماء. وصرّح جماعة [١٠] بأنّه يقدّم كفن مَن تجب نفقته ممّن يجب تكفينه عليه قبل الإفلاس. قالوا: ويعتبر فيه الوسط ممّا يليق

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٦ ـ ٢٧.

(٢) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٦٩.

(٣ و٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٠ و٢٥١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٨.

(٦ و٧) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب الدَين والقرض ح ١ و٢ ج ١٣ ص ٩٨.

(٨) كفاية الأحكام: في قسمة مال المفلّس ج ١ ص ٥٧٧.

(٩) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٦٠.

(١٠) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٤، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٩، والسبزواري في كفاية الأحكام: في قسمة مال المفلّس ج ١ ص ٥٧٧.

فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كلّ واحدٍ بحصّةٍ يقتضيها الحساب، ويحتمل النقض،

به عادةً، ولا يقتصر على الأدون مع احتماله. وبه قطع في «البيان[1]» وقالوا: وكذا تستثنى مؤنة التجهيز من سدرٍ وكافورٍ وماءٍ وغيرها كالمكان إذا احتاج إلى الأُجرة. وتمام الكلام في باب الطهارة[2].

[فيما لو ظهر بعد القسمة غريم]

قوله: ﴿فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كلّ واحدٍ بحصّةٍ يقتضيها الحساب، ويُحتمل النقض﴾ الاحتمال الأوّل خيرة «الإيضاح[3] وجامع المقاصد[4]» والاحتمال الثاني خيرة «المبسوط[5] والشرائع[6] والتذكرة[7] والإرشاد[8] والتحرير[9] والمسالك[10]».

حجّة الأوّل أنّ كلّ واحدٍ منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله في محلّه، فلا يجوز النقض، لأنّه يقتضي إبطال الملك السابق، أمّا الحصّة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر فإنّها غير مملوكة له فتستعاد، وأنت خبير

---

(١) البيان: فيما يتعلّق بكفن الميّت ص ٢٧.
(٢) تقدّم في ج ٤ ص ٩٥ ـ ١٠٠.
(٣) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧٠.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥١.
(٥) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٦٨.
(٦) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٤.
(٧) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٥٤.
(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام المفلّس ج ١ ص ٤٠٠.
(٩) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٥.
(١٠) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٥.

بأنّ الملك كان مبنيّاً على الظاهر من انحصار الحقّ فيهم، وقد تبيّن خلافه. ولا فرق في نفس الأمر بين سائر غرمائه وهذه وإن لم تكن شركة حقيقية، لكنّ الإيفاء مشروط ببسط المال على نسبة ديون سائر الغرماء، أقصى ما هناك أنّه لم يكن في أوّل الأمر سواهم في الظاهر فصحّت ظاهراً، فلمّا ظهر المشارك في الاستيفاء لم تصحّ القسمة الأُولى، وحصّة الغريم مشاعة في جميع المال وقد قسّم بغير إذنه، فلا تصحّ القسمة من رأس، فكان الشأن فيه كما لو اقتسم الشركاء ثمّ ظهر شريك آخر. وممّا ذكر تظهر حجّة القول الآخر.

وتنقيح البحث أن يقال: إذا ظهر غريم بعد القسمة فإمّا أن يطالب بعين من مال بأن يكون قد باعه مبيعاً وعينه قائمة في أموال المفلّس فإنّ له أن يرجع في تلك العين أو يطالب بدَين في الذمّة. وعلى الأوّل فإمّا أن تكون تلك العين قد صارت بالقسمة في حصّة بعض الغرماء أو صارت للغرماء جميعاً بالسويّة، فهي في أيديهم جميعاً أو في يد أجنبي بأن يكون قد باعها الحاكم وقسّم قيمتها على الغرماء، فهنا أربع صوَر، ففي صورتي ما إذا كانت عيناً واختصّ بها بعض الغرماء أو باعها الحاكم لا سبيل إلّا بنقض القسمة لأنّ العين إذا انتزعت من أحدهما وردّت إلى البائع بقي الآخر بغير حقّ، وأمّا في صورتي ما إذا كان الطلب دَيناً أو عيناً ولكنّها في يد جميع الغرماء بالسويّة ففيه الخلاف والظاهر النقض.

وجعل في «الإيضاح[1]» منشأ الاحتمالين أنّها هل هي قسمة حقيقية أو قضاء دَين؟ قال: ومبنى ذلك على أنّ الدَين هل يتعلّق بالتركة تعلّق الدَين بالرهن أو الجناية برقبة العبد؟ فإن قلنا بالأوّل كان قضاءً فيرجع بحصّةٍ يقتضيها الحساب لأنّه يكون بمنزلة صاحب الدَين إذا أخذ أكثر ممّا يستحقّه فيرجع عليه بالزائد، وإن قلنا بالثاني فهي قسمة حقيقية فتبطل لأنّها قسمة الكلّ بين بعض المستحقّين. وهو كما ترى لم

(١) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧٠.

يتّضح لنا وجهه ولا سيّما الشقّ الثاني لأنّه لا يلزم من كون تعلّقه بها كتعلّق الأرش ثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية، والمجنيّ عليه لا يملك الجاني ولا شيئاً منه بمجرّد الجناية وإن استحقّ ذلك إذا كانت غير عمد أو كانت عمداً على الصحيح.

وتظهر فائدة القولين في النماء المتجدّد بعد القسمة، فعلى النقض لا شركة بل الأصل والنماء باقٍ على ملك المفلّس فيقسّم الجميع بين الغرماء، وعلى الرجوع بالحصّة النماء مشترك بين المفلّس والغرماء على نسبة المملوك بالقبض، فإذا كان دَين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلّها بعد اعتباره معها مثلاً ملك كلّ واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض فيملك تسعة أعشار النماء ويبقى عشر المقبوض وعشر النماء على ملك المفلّس، فيجمع الجميع ويدفع الحصّة إلى الغريم ويقسّم نماؤها بين الجميع كما ستسمع تمام الكلام عند بيان الإشكال في كلام المصنّف. وتظهر أيضاً فيما إذا تصرّف واحد في مقدار نصيبه، فعلى الأوّل يمضي وعلى الثاني يجب بدله. وتظهر أيضاً في وجوب الزكاة إذا بلغ النصيب النصاب واجتمعت الشروط على الأوّل دون الثاني، وفيما إذا زادت القيمة الآن فعلى النقض تصرف الزيادة في باقي الديون وإلّا أخذ ما يصيبه من القسمة الاُولى، وفيما إذا أتلف أحدهم ما أخذه وكان معسراً لا يمكن الرجوع عليه بشيء، فإن قلنا بالأوّل ـ أي الحصّة ـ رجع على الموسر بذلك القدر لا غير، وإن قلنا بالنقض جعل ما في يد الآخر كلّ المال واقتسماه دون المعسر.

ولنوضّح الحال في أصل المسألة في عنوان المثال، فنقول: إذا قسّم الغريمان المال وهو خمسة عشر، ودَين أحدهما عشرون والآخر عشرة، فإنّه يقسّم أثلاثاً يأخذ صاحب العشرين عشرة وصاحب العشرة خمسة، فإذا ظهر غريم ثالث وله ثلاثون، فإن قلنا بالنقض نقضت القسمة وبسط المال على نسبة ما لكلّ منهم، فإذا كانت الخمسة عشر من جنس الدنانير بسطناها على الديون أرباعاً، لأنّها ستّون، وإن قلنا بعدم النقض استردّ الظاهر من كلّ واحدٍ منهما نصف ما حصل له، وإن كان

ففي الشركة في النماء المتجدّد إشكالٌ، ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء إشكالٌ.

الّذي ظهر دَينه عشرة استردّ من كلّ واحدٍ منهما ثلث ما أخذه.

[حكم الشركة في النماء المتجدّد]

قوله: ﴿ففي الشركة في النماء المتجدّد إشكالٌ﴾ قال في «الإيضاح»: هذا فرعٌ على النقض وعدمه، فإن قلنا بالنقض شارك وإلّا فلا. ومنشأ الإشكال هل هو رفع قسمة من أصلها أم فسخ متجدّد؟[1] وهو كما ترى، وقد عرفت آنفاً أنّه متفرّع على الاحتمالين السابقين وكيفية تفريعه بما لا مزيد عليه، لكنّ المتبادر من العبارة تفريع الشركة في النماء وعدمه على احتمال النقض، وليس مراداً ولا صحيحاً كما في «جامع المقاصد[2]» وهو ظاهر. وكذا المتبادر منها أنّ الشركة في النماء وعدمها بين الغريم الظاهر وعدمه وباقي الغرماء، لا بينهم وبين المفلّس. وهو الّذي فهمه الشارح[3] والشهيد الثاني في «المسالك[4]» ولا شبهة أنّه غلط لا محصّل له يظهر بأدنى تأمّل كما في «جامع المقاصد» قال: بل المراد الشركة بين المفلّس والغرماء وعدمها وإن صعب فهمه من العبارة. ثمّ إنّ المصنّف اختار الرجوع بالحصّة وجعل النقض احتمالاً فكيف يكون عنده إشكال في الشركة وعدمها؟ لأنّ الإشكال يقضي بتكافؤ الطرفين[5].

[حكم تلف المال في يد الغريم إذا ظهر غريم]

قوله: ﴿ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء

(١ و٣) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧٠.
(٢ و٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٣.
(٤) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٥ ـ ١٢٦.

إشكالٌ﴾ ينشأ من الضمان بصحيحه والأصل كما في «الإيضاح[١]». والأصحّ الضمان واحتسابه على الغرماء كما في «جامع المقاصد[٢]». ومعناه أنّه لو تلف المال في يد الغرماء بغير تفريط بعد ظهور غريمٍ آخر ونقض الحاكم ففي احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم إشكالٌ ينشأ من عدم التفريط وأصالة البراءة، ومن أنّهم قبضوه للاستيفاء، والقبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه للقاعدة المقرّرة، مع تأييده بظاهر قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٣].

وفي «جامع المقاصد» أنّ في كلام المصنّف مناقشتين، إحداهما: أنّه قد أسلف في الرهن الجزم بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء وكذا في نظائره، فلا وجه للإشكال[٤]. قلت: لعلّ هذا عند المصنّف وولده ليس من نظائره، لأنّه بحكم الحاكم، فالتسليم والتسلّم واجبان فكان محلّ إشكال، مضافاً إلى ما يأتي. الثانية: أنّ تقييده التلف بكونه بعد النقض لا محصّل له، لأنّه إن أراد بالنقض تصريح الحاكم بقوله نقضت القسمة، فلا أثر لهذا القول، والقسمة منقوضة مع هذا القول وعدمه[٥]. قلت: كأنّه لم يلحظ كلام القوم، إذ قضيّة كلامهم أنّها لا تنتقض إلّا بحكم الحاكم، لأنّ في «المبسوط[٦] والشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩]» وغيرها[١٠] نقضها الحاكم، وظاهره توقّفه على قوله «ونقضه» والظاهر أنّه كذلك اقتصاراً على المتيقّن. وبذلك أيضاً تدفع المناقشة الاُولى أيضاً عند إمعان النظر، فتدبّر.

---

(١) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧٠.
(٢ و ٤ و ٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٣ و ٢٥٤.
(٣) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٢٥١، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٩٥.
(٦) المبسوط: في أحكام بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٢٦٨.
(٧) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٤.
(٨) تذكرة الفقهاء: في لواحق الحجر ج ١٤ ص ١٨١.
(٩) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٥.
(١٠) كمسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٥.

ولو خرج المبيع مستحقّاً رجع على كلّ واحدٍ بجزءٍ من الثمن إن كان قد تلف، ويُحتمل الضرب لأنّه دَين لزم المفلّس، والأقرب التقديم لأنّه من مصالح الحجر لئلّا يرغب الناس عن الشراء.

[في ما لو ظهر المبيع مستحقّاً]

قوله: ﴿ولو خرج المبيع مستحقّاً رجع على كلّ واحدٍ بجزءٍ من الثمن إن كان قد تلف، ويُحتمل الضرب لأنّه دَين لزم المفلّس، والأقرب التقديم لأنّه من مصالح الحجر لئلّا يرغب الناس عن الشراء﴾ ما قرّبه المصنّف هو الّذي صحّحه في «المبسوط[1]» وجزم به في «الخلاف[2]» وقوّاه المصنّف في «التذكرة[3]» وولده في «الايضاح[4]» واستجوده في «جامع المقاصد[5]».

والظاهر منه في «التذكرة[6]» كما هو صريح «المبسوط[7] والتحرير[8]» أنّ المسألة مفروضة في التلف في يد الحاكم أو أمينه قبل قبض الغرماء له، ولا ريب أنّ تلفه في يد أحدهما كتلفه في يد المفلّس فينحصر الضمان فيه فيقدّم المشتري أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين.

وقيّده في «جامع المقاصد» بما إذا لم يكن الغصب معلوماً عند القابض يعني الحاكم أو أمينه، قال: وإلّا استقرّ الضمان عليه، لأنّه غاصب[9]. قلت: هذا فرض بالنسبة إلى الحاكم موهون، لأنّ المفروض أنّه الفقيه المأمون على الدنيا والدّين فلا يخون ولا يغصب ولا يستأمن إلّا الثقة الأمين.

(١ و٧) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٦.

(٢) الخلاف: في التفليس ج ٣ ص ٢٧٤.

(٣ و٦) تذكرة الفقهاء: في لواحق الحجر ج ١٤ ص ١٨١.

(٤) إيضاح الفوائد: في مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧١.

(٥ و٩) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٥.

(٨) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٦.

ولو بُذلت زيادة بعد الشراء استحبّ الفسخ،

وظاهر الكتاب أنّ التلف بعد قبض الغرماء له، وهو حينئذٍ مضمون عليهم لقبضهم إيّاه للاستيفاء، فيتخيّر المشتري في الرجوع عليهم جميعاً كلّ بقدر ما يتلف في يده والرجوع على المفلّس فيقدّم به أو يضرب مع الغرماء. فإن رجع على الغرماء لم يرجعوا به على المفلّس، سواء كانوا عالمين أو جاهلين، لأنّ قبضهم كان مضموناً، نعم لهم الرجوع بدينهم لأنّه باق، وإن رجع على المفلّس رجع هو على الغرماء لما عرفت.

والمصنّف في الكتابين لم يفصّل بين علم المشتري بوكالة الأمين وعدمه كما صنع في الرهن، قال[1]: لو خرج الرهن مستحقّاً فالعهدة على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته، ولو لم يعلم المشتري بوكالته حالة البيع فله الرجوع على العدل، ولعلّه لوضوح الفرق إذ المفروض أنّه مفلّس نودي عليه واشتهر أمره، على أنّ الأمين غير العدل على الظاهر، لأنّه أمين الحاكم والعدل ما اختاره المتراهنان، فتأمّل.

[فيما لو بذل المشتري زيادة في الثمن]

قوله: ﴿ولو بُذلت زيادة بعد الشراء استحبّ الفسخ﴾ قال في «المبسوط»: إذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلّس بثمنٍ مثله ثمّ جاء به زيادة بعد لزوم البيع وانقطاع الخيار سأل المشتري الإقالة أو بذل الزيادة، ويستحبّ للمشتري الإجابة إلى ذلك، لأنّ فيه مصلحة المفلّس، وإن لم يجبه إلى ذلك لم يجبر عليه، لأنّ البيع الأوّل قد لزم[2]. وظاهره أنّه يستحبّ ذلك للحاكم أو أمينه، وهو ظاهر «جامع المقاصد[3]».

---

(١) تذكرة الفقهاء: في وضع الرهن على يد العدل ج ١٣ ص ٢٧٨.

(٢) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٩.

(٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٥.

فإن بقي من الدّين شيء لم يستكسب.

وقد يظهر من «الشرائع[١]» عدم استحباب ذلك لهما حيث قال: ولو باع الحاكم أو أمينه ثمّ طلب بزيادة لم يفسخ العقد. ولو التمس من المشتري الفسخ لم تجب الإجابة لكن تستحبّ خصوصاً إذا قرأنا «التمس» مبنيّاً للمجهول. وليس في «التحرير[٢]» إلّا أنّه يستحبّ للمشتري الإقالة أو بذل الزيادة. ولعلّ مراده إذا التمسه المفلّس. وفي «الحواشي[٣]» إنّما يستحبّ إذا كان للبائع خيار مجلس أو شرط أو حيوان، وإلّا فلا. وأمّا استحباب ذلك للمشتري فلا ريب فيه، بل لاريب في استحباب كلّ إقالة.

وأمّا إذا كان هناك خيار يقتضي الفسخ ففي «جامع المقاصد[٤]» أنّه لا إشكال في وجوب الفسخ. وفي «المسالك[٥]» أنّه أقرب. وقد سمعت ما في «الحواشي[٦]». وقال في باب الوكالة: لو حضر في مدّة الخيار مَن يزيد على ثمن المثل ففي وجوب الفسخ على الوكيل إشكال. وصاحب «جامع المقاصد[٧]» قال هناك: إن كانت وكالته شاملة للفسخ بخيارٍ وجب.

[حكم الاستكساب لو بقي دَين]

قوله: ﴿فإن بقي من الدّين شيء لم يستكسب﴾ قد نصّ على ذلك في

---

(١) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٤.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٤.
(٣ و٦) لم نعثر عليهما في الحاشية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٥.
(٥) مسالك الأفهام: في قسمة مال المفلّس ج ٤ ص ١٢٤.
(٧) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٢٨.

وهل تباع أُمّ ولده من غير رهن؟ نظرٌ،

«المبسوط[1] والخلاف[2]» وما تأخّر عنهما[3] ممّا تعرّض له فيه. قال في «المبسوط»: لا خلاف في أنّه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والاغتنام. والمخالف ابن حمزة[4] والمصنّف في «المختلف[5]» فأوجبا عليه التكسّب. واستحسنه الشهيد[6]. وقد تقدّم الكلام في ذلك كلّه في باب الدّين[7]. وقد جمعنا هناك بين قولهم «لا يستكسب» وقولهم «يجب عليه السعي في قضاء الدّين».

[حكم بيع أمّ ولده من غير رهن]

قوله: ﴿وهل تباع أُمّ ولده من غير رهن؟ نظرٌ﴾ جعل منشأ النظر في «الإيضاح[8] وجامع المقاصد[9]» من تعارض عمومي بيع أمواله فإنّ أُمّ الولد مال، ومنع بيع أُمّهات الأولاد إلّا فيما استثناه النصّ، ولا نصّ هنا. قلت: والأصحّ أنّها لا تباع. ولهذا لم يتعرّض له الجماعة وإنّما تعرّضوا لمؤاجرتها[10]. وهذا النظر ينافي ما سبق[11]

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٧٤.

(٢) الخلاف: في التفليس ج ٣ ص ٢٧٢ مسألة ١٥.

(٣) منهم ابن إدريس في السرائر: في وجوب قضاء الدّين إلى الحيّ والميّت ج ٢ ص ٣٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٦، وصاحب الجامع للشرائع: في الدّين ص ٢٨٤.

(٤) الوسيلة: في بيان الدّين ص ٢٧٤. (٥) مختلف الشيعة: في الدّين ج ٥ ص ٣٨٦.

(٦) لم نعثر عليه.

(٧) تقدّم الكلام فيه في ج ١٥ ص ٢١ ـ ٢٦.

(٨) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧١.

(٩) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٦.

(١٠) كالشيخ في المبسوط: في المفلّس ج ٢ ص ٢٧٥، والمحقّق في شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١١٨.

(١١) تقدّم في ص ٢٧٥.

فإن منعناهففي مؤاجرتها ومؤاجرةالضيعةالموقوفة نظرٌ ينشأ من كون المنافع أموالاً كالأعيان، ومن كونها لاتعدّ مالاً ظاهراً، والأوّل أقوى.

من جزم المصنّف بجواز وطء المفلّس أمّ ولده وتردّده في وطء غيرها من الإماء، فإنّه على هذا التردّد يجب هناك أيضاً، إذ هي على أحد الاحتمالين من متعلّقات الحجر. وقد تقدّم الكلام في ذلك.

قوله: ﴿فإن منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظرٌ ينشأ من كون المنافع أموالاً كالأعيان، ومن كونها لا تعدّ مالاً ظاهراً، والأوّل أقوى﴾ كما في «الإيضاح[١]». وفي «التحرير[٢]» أنّه الوجه. وفي «جامع المقاصد[٣]» أنّه قويّ. وفي «المبسوط» إذا كانت له أمّ ولد يؤمر بإجارتها ويجبر على ذلك بلا خلاف، لأنّها ماله[٤]. وظاهره نفيه بين المسلمين. لكنّه في «التذكرة[٥]» نقل عن الشافعية وجهين، وفيها ـ أي التذكرة ـ أنّ الثاني أقرب. وقد جعل وجهي النظر في التذكرة من أنّ المنافع وإن لم تكن مالاً فإنّها تجري مجراها، فيجب بذلها للدّين ومن حيث إنّ المنافع لا تعدّ أموالاً حاضرة حاصلة، ولو كانت تعدّ لوجب إجارة المفلّس نفسه، ولوجب الحجّ والزكاة[٦]. فكأنّ وجهي النظر في الكتابين من وادٍ واحدٍ على اختلافهما أو كالمتدافعين، والتأويل ممكن والجمع هيّن.

والأولى توجيه النظر بما في «جامع المقاصد[٧]» من أنّ المنافع تعدّ أموالاً أم لا؟ والأصحّ أنّها لاتعدّ أموالاًإلّاإذا استوفيت أو استؤجر عليها فإنّهم حينئذٍ عدّوها

---

(١) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧١.
(٢) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٦.
(٣ و٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٦.
(٤) المبسوط: في المفلّس ج ٢ ص ٢٧٥.
(٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٦٣.

أموالاً وأجروها مجراها، ولهذا قالوا[١]: منافع المملوك لا تضمن إلّا بالاستيفاء وإنّ منافع الحرّ إذا استؤجر عليها كالأجير الخاصّ تضمن، وأنّها لو كانت مالاً لوجب على المفلّس إجارة نفسه. وقالوا[٢]: إنّه لا يجب الحجّ مع الاستطاعة بالمنافع كما إذا استطاع بإجارة الدار، فلو كانت مالاً لوجب إجارتها لتحصيل الاستطاعة كما يجب بيع عين المال كذلك، وليس هو حينئذٍ من قبيل الواجب المشروط بل من قبيل الواجب المطلق الّذي يجب تحصيل مقدّمته.

وقال في «جامع المقاصد[٣]»: يمكن التفصّي عن لزوم الحجّ بها بأنّه إنّما يجب بالمال الحاضر، والمنفعة تتجدّد شيئاً فشيئاً، ولا يوثق بها بحيث يستوفي الجميع فيستقرّ ملك الاُجرة. وقال: نعم لو آجر الأعيان بمقدار المؤنة وجب حينئذٍ لكونه مالكاً، انتهى. وهذا غير ما ذكرناه والظاهر أنّه غير مرادهم.

قال الشهيد[٤]:وعلى الأقوى هل يجب الحجّ مع الاستطاعة بإجارتها؟ ولم يقل باستيفاء منفعتها المتجدّدة شيئاً فشيئاً. والحاصل: أنّ الوجه الّذي ذكره من البعيد جدّاً أنّ أحداً يحتمله، فتأمّل جيّداً.

ولعلّ ما قرّبه في «التذكرة» أقرب إلّا أن يكون الإجماع على خلافه، فإنّه على القول بوجوب مؤاجرتها يجب أن يؤاجرها مرّة بعد اُخرى إلى أن يفي الدَين أو مدّة طويلة. وقضيّة ذلك إدامة الحجر إلى قضاء الدَين، وهو بعيد جدّاً عن محاسن الشرع، لأنّه وإن ملك الاُجرة بالعقد لكنّه لا يجب تسليمها إلّا بعد العمل، لأنّه لا يوثق ببقائها بحيث يستوفى الجميع فيستحقّ ملك الاُجرة.

---

(١) كما في غاية المراد: ج ١ ص ٣٦٩، وتذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٣٨٢ س ٧، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٥١٣.

(٢) كما في الدروس: في شرائط وجوب الحجّ ج ١ ص ٣١٢.

(٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٦ ـ ٢٥٧.

(٤) لم نعثر على هذا الكلام من الشهيد فيما بأيدينا من كتبه، فراجع.

وإذا لم يبق له مالٌ واعترف به الغرماء فكّ حجره، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم،

[في أنّ رفع الحجر لايحتاج إلى إذن الحاكم]

قوله: ﴿وإذا لم يبق له مالٌ واعترف به الغرماء فكّ حجره ولا يحتاج إلى إذن الحاكم﴾ هذا ممّا لا أجد فيه خلافاً إلّا من الشافعي[1] في أحد قوليه. وقد حكى في «الكفاية[2]» قولاً بالاحتياج إلى إذن الحاكم، ولم نجده ولا حكاه غيره. وبه صرّح في «الشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والكفاية[8]» وظاهر «الإرشاد[9]» وهو خيرة «الإيضاح» كما يأتي[10].

ووجّهه في «التذكرة[11]» بأنّ الحجر لحفظ مال الغرماء وقد حصل فيزول الحجر، ولتفريق ماله وقد حصل، فتركه محجوراً عليه يزيد في الغرض. قلت: لا داعي إلى تركه محجوراً عليه بل يذهب إلى مَن حجر عليه، إذ المفروض وجوده والتمكّن منه، ثمّ إنّه هو الّذي نادى عليه وأعلن وأشهد بالحجر عليه، فإن لم ينقض هو ذلك لم يعامله معاملوه واستصحبوا الحجر، ثمّ إنّ الحجر يشمل المتجدّد بالاحتطاب وشبهه. وأيضاً من أقسامه من لا مال له أصلاً، فلو رفع الحجر عنه لانتفاء المال

---

(١) المجموع: في التفليس ج ١٣ ص ٢٣٨.
(٢) كفاية الأحكام: في المفلّس ج ١ ص ٥٧٨.
(٣) شرائع الإسلام: في النظر في حبس المفلّس ج ٢ ص ٩٦.
(٤ و١١) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٦٣.
(٥) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٧.
(٦) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٧.
(٧) مسالك الأفهام: في حبس المعسر ج ٤ ص ١٣٥.
(٨) كفاية الأحكام: في المفلّس ج ١ ص ٥٧٨.
(٩) إرشاد الأذهان: في حبس المفلّس ج ١ ص ٤٠٠.
(١٠) يأتي في الصفحة الآتية.

وكذا لو اتّفقوا على رفع حجره.
ولو باع من غيرالغرماء بإذنٍ فالأقرب الصحّة.

وجب أن لا يصحّ الحجر على مَن لا مال له إلّا أن يقال: إنّ الحجر في هذا القسم لا يرتفع إلّا بفكّ الحاكم عندما يقتضيه نظره واجتهاده. وبالجملة: فإن كان إجماع وإلّا فللنظر مجال. وهذا كلّه مع اعتراف الغرماء بأنّه لامال له سواه أو عدم تعرّضهم لغيره، فلو ادّعوا أو بعضهم عليه مالاً آخرفسيأتي[1] إن شاءالله تعالى.

قوله: ﴿وكذا لو اتّفقوا على رفع حجره﴾ أي لا يحتاج إلى إذن الحاكم كما في«التذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4]» لأنّ الحجر لهم وهو حقّهم، وهم في أمواله كالمرتهن في حقّ المرهون. ويحتمل أنّه لا يرتفع،وهوالقول الآخر للشافعي[5]، لاحتمال أن يكون هناك غريم سواهم غائب فلابدّ من نظر الحاكم واجتهاده.

وفيه: أنّ الأصل العدم وإلّا لما جازت قسمة المال على الموجودين مع قيام الاحتمال، وإدامة العقوبة بالتجويز غير جائزة، على أنّه لو بقي الحجر لأجله لم يكن للحاكم رفعه، كما أنّه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضا الغرماء.

[فيما لو باع مال غير الغرماء بإذنهم]

قوله: ﴿ولو باع من غير الغرماء بإذنٍ فالأقرب الصحّة﴾ كما في «التذكـرة[6] والتحريـر[7] والإيضاح[8]» كما يصحّ بيع المرهـون بـإذن المرتهن ولأنّ

---

(١) سيأتي ما يتعلق بذلك في كلام المصنّف في المطلب الخامس ص ٣٤١.
(٢ و٦) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٦٤.
(٣ و٧) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٧.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٧.
(٥) الفتح العزيز (بهامش المجموع): ج ١٠ ص ٢٢٥.
(٨) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ٢ ص ٧١.

ولو باع من الغريم بالدّين ولا دين له سواه صحّ على الأقوى، لأنّ سقوط الدّين يُسقط الحجر.

الحجر لحقّهم فإذاأذنوا جميعاًسقط حقّهم، والأصل عدم غريمٍ آخر، وعموم الحجر بالنسبة إلى غير الملتمس من الغرماء إنّما يقتضي المشاركة في الضرب لا توقّف صحّة البيع على إذنه، مع كونه غير معلوم، لامتناع أن نخاطب بتحصيل إذن غير المعلوم. وفي «جامع المقاصد» أنّه قريب وإن كان التوقّف على إذن الحاكم أولى [1].

قلت: لا دليل على هذه الأولوية مع كونه إنّما حجر عليه لحوق الغرماء، ولو بقي الحجر لأجل هذا المحتمل لم يكن للحاكم دفعه، فليتأمّل.

[فيما لو باع مال الغريم بإذنه]

قوله: ﴿ولوباع من الغريمبالدّين ولادّين له سواهصحّ على الأقوى، لأنّ سقوط الدَين يُسقط الحجر﴾ كما في «التذكرة [2] والتحرير [3]». وقال في «التذكرة»: ويمكن أن يقال لا نجزم بصحّة البيع وإن قلنا إنّ سقوط الدين يسقط الحجر، لأنّ صحّة البيع إمّا أن تفتقر إلى ارتفاع الحجر أو لا، فإن افتقرت وجب الجزم بعدم الصحّة وإلّا لزم الدور، لأنّه لا يصحّ البيع ما لم يرتفع الحجر ولا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدّين، ولا يسقط الدّين ما لم يصحّ البيع [4].

قلت: ويقرّر الدور بعبارة اُخرى كما في«جامع المقاصد [5]»وهي أنّ صحّة البيع فرع زوال الدّين المقتضي لزوال الحجر، وزوال الدّين موقوف على صحّة البيع.

ويمكن الجواب بأنّ صحّة البيع موقوفة على رضا الغريم الحاضر الظاهر به، وشراؤه من المفلّس يستلزم رضاه، لأنّ العاقل لا يفعل عبثاً، فلا يفرّق بين المسلم

(١ و ٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٨ و٢٥٩.

(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٦٥ ـ ٦٦.

(٣) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٧.

وغيره،وإن كان مسلماًفلوجوب حمل فعل المسلم على الصحّة، فيحمل الشراء على المعتبر شرعاً. واحتمال ظهور غريم آخر لايجدي، لأنّ صحّة التصرّف غيرموقوفة على إذن غريم آخر غير ظاهر. ويأتي بيان الحال فيما إذا ظهر الغريم الآخر.

وحكى في «جامع المقاصد[1]» عن الشارح أنّه قرّر الدور بأنّ سقوط الدّين معلول صحّة البيع، والبيع مشروط بصحّة المبيع فيدور. وردّه بأنّه مختلّ، لأنّ كونه معلولاً لصحّة البيع هو عبارة عن كونه مشروطاً به، وهذا لا يقتضي الدور. قلت: لم أجد ذلك في النسخة الّتي عندي من «الإيضاح[2]» وهي عتيقة معربة محشّاة.

وعد إلى عبارة «التذكرة» قال: وإن لم تفتقر صحّة البيع إلى ارتفاع الحجر فغاية الممكن اقتران صحّة البيع وارتفاع الحجر، فلتخرج الصحّة على الخلاف فيما إذا قال العبد لزوجته: إن مات سيّدي فأنتِ طالق طلقتين، وقال السيّد لعبده: إذا متّ فأنت حرّ، فمات السيّد، وهو لا يتأتّى على مذهبنا[3]. وفيه كما في «جامع المقاصد» أنّ إمكان اقتران صحّةالبيع وارتفاع الحجر لايقتضي الصحّة لوجوب تقدّم الشرط، فإنّ رفع الحجر شرط لصحّة البيع[4].

قلت: قد يكون حينئذٍ من قبيل الصلاة وأجزائها، فإنّ مجموع الصلاة متوقّف على أجزائها من حيث الصحّة، وأجزاؤها من حيث الصحّة متوقّفة على مجموعها، فهو دور المعيّة، وبه يجاب عن الدور أيضاً، فليتأمّل.

إذا تقرّر هذا فإذا ظهر غريم والحالة هذه أخذ من المشتري حصّة يقتضيها الحساب، ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصّة، هذا إن لم نقل بالنقض، وإن قلنابهأمكن الحكم ببطلان البيع من رأس، لأنّ الدّين لايجوزجعله ثمناً،إذ لا يستحقّ استيفاؤه والحالة هذه، فلايجوز أن يقابل به مال كما حقّقه المحقّق الثاني. وقال: فما قوّاه المصنّف لا يخلو من نظر، إذ لو ظهر غريم والحالة هذه تطرق احتمال بطلان

(١ و ٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٩.

(٢) إيضاح الفوائد: في بيع مال المفلّس ج ٢ ص ٧١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٦٦.

والمجنيّ عليه أولى بعبده من الغريم، فإن طلب فكّه فللغريم منعه.
ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مـال المـفلّس، سواء كان التالف الثمن أو العين.

البيع في مقدار الحصّة وإن أذن الحاكم لتبيّن عدم صحّة مقابلتها بمال. وليعلم أنّه لا فرق بين ما إذا اتّحد الغريم أو تعدّدوا واشتروا جميعاً، وأنّه لو كان شراء الغريم بغير الدّين فعلى ما سبق اختياره من صحّة بيع الأجنبي يجب الحكم هنا بالصحّة في الجميع وإن ظهر غريم [1].

[في أولويّة المجني عليه بالعبد الجاني]

قوله: ﴿والمجنيّ عليه أولى بعبده من الغريم، فإن طلب فكّه فللغريم منعه﴾ كما في «الشرائع [2] والتحرير [3] وجامع المقاصد [4]» فيباع العبد في الجناية، فإن زادت قيمته ردّ الفاضل إلى الغرماء، ولو كانت أقلّ لم يثبت للمجنيّ عليه غيرها وله استرقاقه. وإنّما كان أولى مع استيعاب الجناية لقيمته، لأنّ حقّه متعلّق بعين الجاني ولا يستحقّ سواه. فلذلك كان للغريم منعه لو طلب فكّه مع عدم المصلحة في فكّه، فلو كانت هناك مصلحة كما إذا كان كسوباً يثمر مالاً إلى حين القسمة وقيمته باقية فله فكّه لمصلحته.

والضمير راجع إلى المفلّس والتقدير ظاهر لا إلى المجنيّ عليه تـوسّعاً، لأنّ الإضافة تكفي فيها أدنى ملابسة.

ولو كان المفلّس هو الجاني كان غريمه أسوة الغرماء، لأنّها هنا تتعلّق بذمّة الجاني فكان كغيره من الغرماء. وقد تقدّم [5] وجه مشاركته لهم مع تأخّر سببه عن الحجر.

[في تلف المال المودع قبل القسمة]

قـوله: ﴿ولـو تلف مـن المال المودع قبل القسمة فهو مـن مـال

(١ و٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٥٩ و٢٦٠.
(٢) شرائع الإسلام: في قسمة مال المفلّس ج ٢ ص ٩٥.
(٣) تحرير الأحكام: في كيفية القسمة ج ٢ ص ٥٢٦.
(٥) تقدّم في ص ٢٦٢ ـ ٢٦٦.

(المطلب الرابع) في الاختصاص:

ومَن وجد من الغرماء عين ماله كان أحقّ بها من غيره وإن لم يكن سواها،

المفلّس، سواء كان التالف الثمن أو العين﴾ كما في «التذكرة» لأنّ المال للمفلّس تلف في يد أمينه، وهو ظاهر إذا كان عيناً، وأمّا إذا كان ثمناً فلأنّه دخل في ملكه بالبيع عنه، وإنّما يملكه الغرماء بقبضه، لكن تعلّق حقّهم به يجري مجرى الرهن حيث تعلّق حقّ المرتهن به، وكما أنّ تلف الرهن من الراهن وإن كان في يد المرتهن فكذا هنا. ولا ريب أنّ المراد إذا لم يكن التلف بالتعدّي أو التفريط. وقال مالك: العروض إذا تلفت من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء، ولا فرق بين أن يكون الضياع في حياة المفلّس أو بعد موته. وقال أبو حنيفة: ما يتلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء[1].

﴿المطلب الرابع: في الاختصاص﴾

[فيمن وجد عين ماله عند المفلّس]

قوله: ﴿ومَن وجد من الغرماء عين ماله كان أحقّ بها من غيره﴾ قاله في الصحابة أمير المؤمنين عليه السلام وعثمان وأبو هريرة، وفي التابعين عروة ابن الزبير، وفي الفقهاء مالك والأوزاعي والشافعي والعنبري وأحمد وإسحاق[2]. وبه صرّح في «الخلاف[3] والغنية[4] والسرائر[5]

---

(١) راجع تذكرة الفقهاء: في بيع مال المفلّس وقسمته ج ١٤ ص ٥٣.

(٢) نقل عنهم الشيخ في الخلاف: في التفليس ج ٣ ص ٢٦١ مسألة ١، والنووي في المجموع: في التفليس ج ١٣ ص ٢٧٩ و٢٩٨.

(٣) الخلاف: في التفليس ج ٣ ص ٢٦١ مسألة ١.

(٤) غنية النزوع: في التفليس ص ٢٤٨.

(٥) السرائر: في قضاء الدين عن الميّت ج ٢ ص ٥٤.

والشرائع[١]» وما تأخّرعنها[٢] ممّا تعرّض له فيه. وهو المحكي[٣] عن أبي عليّ والقاضي. وفي «الغنية[٤] وجامع المقاصد[٥]» الإجماع عليه. وفي «المسالك[٦]» أنّه المشهور وعليه العمل، وفي «مجمع البرهان[٧]» أنّه المشهور. وفي «الكفاية[٨]» أنّه الأشهر.

ولا فرق عندهم بين أن يكون للمفلّس مال سوى العين أم لا كما هو قضية كلام جماعة[٩] وصريح آخرين[١٠] تمسّكاً بعموم النصّ.

وفي «التهذيب[١١] والاستبصار[١٢] والنهاية[١٣] والمبسوط[١٤]» أنّه لا اختصاص

---

(١) شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩٠.

(٢) كمسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص٩٨، وجامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٠، وغاية المرام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ١٦٥.

(٣) نقله عنهما العلّامة في المختلف: في المفلّس ج ٥ ص ٤٤٣.

(٤) غنية النزوع: في التفليس ص ٢٤٨.

(٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٠.

(٦) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ٩٨.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٤٩.

(٨) كفاية الأحكام: في المفلّس ج ١ ص ٥٧٣.

(٩) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩٠، والصيمري في غاية المرام: في إختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ١٦٥، ومسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ٩٨.

(١٠) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الاختصاص ج ٥ ص ٢٦٠، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الدّين ج ٤ ص ٢٦، وصاحب كفاية الأحكام: في المفلّس ج ١ ص ٥٧٣.

(١١) لا يخفىٰ عليك أنّه لا تصريح في التهذيب بما نقله عنه الشارح وإنّما ذكر فيه خبر عمر بن يزيد الدالّ على الاختصاص ثمّ ذكر خبر أبي ولّاد الدالّ على التفصيل بينما إذا ترك غير العين وما إذا لم يترك إلّا العين ولم يتذكّر هناك بشيء يدلّ على الخلاف، وهذا ينبئ عن صحّة النقل ويؤيّده الاستدلال على التفصيل في الاستبصار صريحاً، فراجع التهذيب: ج ٦ ص ١٩٣.

(١٢) الإستبصار: ب ٦ في مَن يركبه الدّين فيوجد ... ذيل ح ١ ج ٣ ص ٨.

(١٣) النهاية: في قضاء الدّين عن الميّت ص ٣١٠.

(١٤) المبسوط: في المفلّس ج ٢ ص ٢٥٠.

إلّا أن يكون هناك وفاء، ويتصوّر ذلك بتجدّد مال آخر للمفلّس بإرث أو اكتساب وبكون الديون إنّما تزيد على أمواله مع ضميمة الدَين المتعلّق بمتاع واجده، فإذا خرج الدَين من بين ديونه والمتاع من بين أمواله صارت وافية بالديون.

حجّة المشهور صحيحة عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يركبه الدَين فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال: لا يحاصّه الغرماء [1]. وقد خصّصت بالمحجور عليه لفلس مع حلول دَين صاحب المتاع حين الحجر وحياته بالإجماع، إذ الظاهر أنّهم مطبقون على أنّه لا رجوع بالعين لو كان الغريم غير مفلّس محجور عليه لفلسه. ولعلّ فيها إشعاراً بكونه محجوراً عليه للفلس لمكان قول السائل «يركبه» وقول الإمام عليه السلام «لا يحاصّه» وقول السائل «عنده» قد يقضي بأنّه حي. وظاهر قوله عليه السلام «لا يحاصّه» يدلّ على أن ليس هناك وفاء للغرماء. فكان فهم الأصحاب في محلّه.

وروى العامّة عن أبي هريرة عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: إذا أفلس الرجل ووجد سلعته فهو أحقّ بها [2]. ونحوه ما رووه عن أبي خلوة البرقي [3].

وحجّة الشيخ صحيحة أبي ولّاد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ باع من رجلٍ متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله وأصاب البائع متاعه بعينه له أن يأخذه إذا خفق له (خفي له ـ خ ل)؟ قال: فقال: إن كان عليه دَين وترك نحواً ممّا عليه فليأخذ إن خفي له فإنّ ذلك حلال له، ولو لم يترك نحواً من دَينه فإنّ صاحب المتاع كواحد ممّن له عليه شيء يأخذ بحصّته ولا سبيل له على المتاع [4].

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٥ في أحكام الحجر ح ٢ ج ١٣ ص ١٤٥.

(٢) سنن ابن ماجة: ب ٢٦ مَن وجد متاعه بعينه ... ح ٢٣٥٨ ج ٢ ص ١٣.

(٣) المصدر السابق: ح ٢٣٦٠، وسنن الدار قطني: في البيوع ح ١٠٧ ج ٣ ص ٢٩، وفيهما «ابن خلدة الزُرقي».

(٤) الاستبصار: ب ٦ في مَن يركبه الدَين ... ح ١ ج ٣ ص ٨.

يمكن الجمع بين خبري عمر وأبي ولاد بأنّ الأوّل يشير إلى أنّ مال الغريم إنّما كان عنده بسبب الدَين أو القرض أو العارية أو الوديعة غير الموقّتة. والثاني يصرّح بأنّ ماله إنّما كان ←

وله الضرب بالدَين،

و«خفي» يستعمل في الظّهور والخفاء، و«خفق» يأتي بمعنى لمع. وهي لا تدلّ على مطلوبه لتخصّصها بالميّت، بل يمكن تخصيصها بالمفلّس إذا مات لإشعار قوله عليه السلام «يأخذ بحصّته» بتقسيم ماله على الغرماء وذلك في المفلّس. وكأنّه إلى ذلك نظر بعضهم [١] وقال باختصاص الحكم بالمفلّس حين الموت، لكن قد عرفت [٢] أنّ الميّت يحلّ ما عليه من الديون فتقسّم وتحصّص مع عدم الوفاء، ومعه يقدّم صاحب العين فتكون واردة في الميّت مطلقاً.

ولك أن تقول: إنّها ليست في ذلك نصّة ولا بتلك المكانة من الظهور، وأنّ الرجوع إلى العين خلاف القواعد فيقتصر فيه على محلّ الوفاق وظهور الدليل، لكنّ المشهور أنّه لا فرق بين أن يموت المديون محجوراً أم لا، فقد فهموا الإطلاق من الرواية.

وكيف كان، فليست بموجبة لحمل صحيحة عمر بن يزيد على ما إذا كان ميّتاً ووفى ماله، لأنّه لا منافاة بينهما، على أنّ الاُولى ظاهرة في عدم الوفاء كما عرفت. وقد وجّهوا الفرق بين الميّت والحيّ المفلّس: أنّ الميّت لا تبقى له ذمّة فديونه تتعلّق بأمواله، ولا كذلك الحيّ فإنّه قادر على الاكتساب وتحصيل شيء للغرماء، ولا كذلك الميّت.

[في أنّ لصاحب العين ضربها في الدَين]

قوله: ﴿وله الضرب بالدَين﴾ لعلّه لا خلاف فيه كما في «مجمع البرهان [٣]» وهو كذلك وإن ترك ذكره البعض. وصحيحة أبي ولّاد الّتي تقدّمت تدلّ على أنّ

← عنده بالبيع لمؤجّل ثمنه، فحكم في الأوّل بأنّه يأخذه إذا وجده عنده وفي الثاني بالتفصيل بين ما بقي بدَينه فيأخذه وبين ما إذا لم يبق فهو كباقي الغرماء.

(١) نقل عن هذا البعض المحقّق الأردبيلي في المجمع: ج ٩ ص ٢٥٢.

(٢) تقدّم في ص ٢١٢ ـ ٢١٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

والخيار على الفور على إشكال،

أخذ العين جائز لا واجب، فما في «الحدائق[١]» غير صحيح. وأشار بقوله «بالدّين» إلى أنّه يضرب بالثمن لا بالقيمة[٢].

[حكم خيار صاحب العين بالأخذ والضرب]

قوله: ﴿والخيار على الفور على إشكال﴾ ولم يرجّح أيضاً ولده في «الإيضاح[٣]» ولا الشهيد في «الحواشي[٤]»: وفي «المبسوط[٥]» أنّ الفور أحوط. وفي «المسالك[٦]» أولى. وفي «الشرائع[٧]» لو قيل بالتراخي جاز. وفي «التحرير[٨]» كان وجهاً. وهو خيرة «المسالك[٩]». وفي «التذكرة[١٠]» الأقرب أنّه على الفور.

وفي «جامع المقاصد[١١]» يمكن ترجيح الفورية بأنّها الأشهر في كلام الأصحاب. وفيه جمع بين الحقّين، فالقول بالفورية قريب، انتهى. قلت: وجه الفورية كما في «التذكرة[١٢]» بأنّ الأصل عدم الخيار، فيكون الأصل عدم بقائه لو وجد، ومعناه أنّ الأصل في البيع اللزوم، فيقتصر في الخروج عنه على ما تندفع به الضرورة، وأنّه

(١) الحدائق الناضرة: في أحكام الحجر على المفلّس ج ٢٠ هامش ص ٣٩٦.

(٢) لم يظهر لنا وجه هذا التفصيل، فإنّه إذا كان له حقّ ضرب ماله في أصل الدّين المشترك فله حقّ الضرب بثمنه وبقيمته معاً. نعم لو كانت القيمة أزيد من الثمن بكثير فله إيقاء مازاد على الثمن إلّا أنّ هذا غير عدم حقّ الضرب، فتأمّل.

(٣) إيضاح الفوائد: في الاختصاص ج ٢ ص ٧٢.

(٤) الحاشية النجّارية: في الاختصاص ص ٧٥ س ٨ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٥) المبسوط: في المفلّس ج ٢ ص ٢٥٠.

(٦ و ٩) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١٠٠.

(٧) شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩١.

(٨) تحرير الأحكام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥١٢.

(١٠ و ١٢) تذكرة الفقهاء: في بيان اختصاص بعض الديّان ببعض مال المديون ج ١٤ ص ٨٢.

(١١) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦١.

سواء كان هناك وفاء أم لا.

خيار ثبت في المبيع لنقصٍ في العوض، فكان على الفور كالردّ بالعيب، وهذا كما ترى، وأنّ القول بالتراخي يؤدّي إلى الإضرار بالغرماء من حيث إنّه يؤدّي إلى تأخير حقوقهم. ووجه التراخي أنّه حقّ رجوع لا يسقط إلى عوض، فكان على التراخي كالرجوع في الهبة، وهذا كما ترى، وأنّ النصّ دلّ على ثبوت الخيار فيكون مخرجاً لهذا الفرد عن اللزوم، وعوده يحتاج إلى دليل، وأصل اللزوم معارض بأصل بقاء الخيار واستصحابه. وقد يُفهم من صحيحتي عمرو أبي ولّاد[1] عدم الفوريّة لعدم التعرّض لها فيهما بإشارةٍ ولا تلويح، والأمر في قوله عليه السلام «فليأخذ» ليس للفور إجماعاً، وقد ثبت له الأخذ فيبقى. وقد تقدّم لنا في خيار الغبن والرؤية[2] ما له نفعٌ تامّ في المقام. هذا وقوله «الخيار على الفور» جملة معترضة.

قوله: ﴿سواء كان هناك وفاء أم لا﴾ في «الحواشي[3]» في هذه العبارة نظر، لأنّه مع وفاء المال يمنع من الرجوع في العين. قلت: لأنّ التقدير أنّ مَن وجد من الغرماء عين ماله كان أحقّ بها من غيره إذا كان هناك مال سواها [illegible] وفي لباقي الديون أم لا. لأنّ هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله «وإن لم يكن سواها» لكنّه على الشقّ المحذوف أي هو أحقّ إن كان سواها وإن لم يكن، وعلى تقدير أن يكون سواها فهو أحقّ، سواء كان هناك وفاء لباقي الديون أو لا. ويتصوّر أن يكون في التركة وفاء لباقي الديون مع الحجر بما ذكرناه آنفاً[4] في توجيه كلام الشيخ من تجدّد إرث أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أو بإخراج دَين صاحب العين من بين الديون وعينه من بين الأموال. وحينئذٍ فكيف يثبت له الخيار؟ قلنا: يثبت له الخيار

---

(١) تقدّمتا في ٣١٤.

(٢) تقدّم الكلام في الأوّل في ج ١٤ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٤ والثاني في ج ١٣ ص ٢٢٧ ـ ٢٢٩.

(٣) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٤) تقدّم في ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

ويفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة: العوض والمعوّض والمعاوضة.

أمّا العوض فهو الثمن، وشرطه أمران: تعذّر الاستيفاء بالإفلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع، ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنّة وتجويز ظهور غريم،

في أوّل الأمر عند أوّل الحجر فيستصحب.

[شروط رجوع صاحب العين إلى المفلّس]

قوله: ﴿ويفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة: العوض، والمعوّض، والمعاوضة﴾ قال في «التذكرة»: حقّ الرجوع لا يثبت للبائع على الإطلاق بالإجماع بل مشروط بأُمور، ولا يختصّ الرجوع بالبيع بل يثبت في غيره من المعاوضات. وإنّما يظهر الغرض بأُمور ثلاثة: العوض المتعذّر تحصيله، والمعوّض المسترجع، والمعاوضة الّتي انتقل بها الملك إلى المفلّس[1].

[في اشتراط تعذّر الثمن بالإفلاس]

قوله: ﴿أمّا العوض فهو الثمن، وشرطه أمران: تعذّر الاستيفاء بالإفلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع﴾ لا يعجبني جعل هذا شرطاً هنا، لأنّ هذا شرط للتحجير لا للاختصاص بعد ثبوت الحجر الّذي من جملة أحكامه الأربعة الاختصاص. ولعلّه إنّما ذكره تمهيداً لما بعده أو للتنبيه على خلاف الشافعي[2] أو لهما أو للتنبيه على خلاف الشيخ فإنّه جعل امتناع الموسر من دفع الثمن للبائع مسلّطاً له على الفسخ كما يأتي[3] التنبيه عليه.

قوله: ﴿ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنّة وتجويز ظهور

---

(١) تذكرة الفقهاء: في بيان اختصاص بعض الديّان ... ج ١٤ ص ٨٤.

(٢) المجموع: في التفليس ج ١٣ ص ٣٤١.

(٣) يأتي في ص ٣٢١.

غريم﴾ هذا ذكره الشيخ في «المبسوط[1]» وفرض المسألة فيه فيما إذا قالوا له: نوفّر عليك ثمنها بكماله وتسقط حقّك من العين. قال: وتكون فائدتهم أنّ العين تساوي أكثر من دَينه الّذي هو ثمنها فيوفّروا عليه الثمن ليرتفقوا بقيمتها في ديونهم. وهو الّذي حكاه عنه في «التذكرة[2]» بعبارة موجزة محرّرة. وزاد في «التحرير[3]»: ما إذا أرادوا دفع الثمن منهم. ولا ريب أنّ في الفرض الأوّل منّة في الجملة وخوف ظهور غريم يزاحمه مع عموم الخبر، وفي الثاني منّة خاصّة مع العموم، وعبارة الكتاب ظاهرة في معنيين، وهما دفعهم إليهم من مالهم حيث لا تكون في العين زيادة تقتضي الرغبة في بذل العوض أو من مال المفلّس بمعنى تقديمه في الدَين، والتعليلان جاريان في الثاني قطعاً والأوّل في الأوّل.

ويبقى ما إذا دفعوا من مالهم للمفلّس على سبيل الهبة، أو لا على سبيلها مع ظهور فائدة لهم وبدونها، ومقتضى التعليلين وجوب القبول في الأوّل حيث يشترطون عليه في عقد الهبة إيفاء صاحب العين بناءً على المختار من جواز الشراء بشرط الإعتاق وتعيّنه، إذ لا اعتراض حينئذٍ للغريم الظاهر ولا منّة. وبذلك صرّح في «التحرير» حيث قال: فلو دفعوا إلى المفلّس ثمناً فبذله للبائع لم يكن له الفسخ[4]. بل هذا يشمل الصورة الثانية وهو ما إذا كان الدفع لا على سبيل الهبة. ولعلّ إطلاق الخبر عنده لا يتناوله، فيجب الرجوع إلى الأصل والجري على القواعد، وإن قلنا: إنّ شرط الإيفاء غير صحيح دخل في ملك المفلّس وتعلّق به الحجر على القول بتعلّقه بالمتجدّد، فيعود المحذور وهو تجويز مشاركة الغريم. ومنه يُعلم حال ما إذا كان الدفع لا على سبيل الهبة.

---

(١) المبسوط: في المفلّس ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في بيان اختصاص بعض الديّان ... ج ١٤ ص ٨٥.

(٣ و٤) تحرير الأحكام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥١٣.

فصار الحاصل أنّ الفرض الأوّل وهو ما كان على سبيل الهبة إمّا غير داخل تحت إطلاق النصّ ويكفي فيه الشكّ مع المحافظة على القواعد الشرعية، أو غير خارج عن المحذور وهو مشاركة الغريم الظاهر. وأمّا الفرض الثاني فالمحذور موجودٌ فيه.

ويبقى الكلام فيما إذا دفعوا إليه ـ أي صاحب العين ـ الثمن من مالهم ليترك العين حيث يكون فيها ما يقتضي الرغبة وصاحبها عالم بذلك وهنا لا منّة ولا خوف ظهور غريم. وقضيّة كلام المصنّف أن لا خيار له حينئذٍ. قلت: هو كذلك عنده لندرة وقوعه جدّاً، وذلك لأنّه من البعيد أنّ الغرماء يدفعون قيمة ثمن عينه مجّاناً لمكان ظهور زيادة فيها تساوي ذلك أو تزيد عليه، على أنّه قد نبّه عليه في «التذكرة» قال: إذا كان في السلعة زيادة لغلاء السعر أو كثرة الراغبين إليها ـ بحيث يرجى صعود سعرها ـ يجب على صاحبها أخذ دَينه الّذي بذله الغرماء[١]. ولعلّه استند إلى الأصل وعدم الخروج عن القوانين إلّا في محلّ الوفاق واليقين، وهو ما إذا كانت قيمة العين الآن مساوية لدَينه أو أنقص محافظة على الضوابط الشرعية، ولا نعلم شمول الخبرين[٢] لذلك. فقوله في «جامع المقاصد»: «إنّ العدول عن النصّ بمثل هذه الأوهام لا يجوز»[٣] لعلّه لا يجوز، فتأمّل.

فكان المتبادر من عبارة الكتاب سالماً عن اعتراض الشهيد والمحقّق الثاني، قال في «جامع المقاصد» تبعاً للشهيد[٤] مع تهذيبٍ لكلامه وزيادةٍ وحُسن تأدية: لا فرق في ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدَين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلّس، سواء دفعوا إلى المفلّس ليوفّي عن نفسه صاحب العين أو دفعوا إلى صاحب

---

(١) تذكرة الفقهاء: في بيان اختصاص بعض الديّان ... ج ١٣ ص ٨٦.

(٢) تقدّما في ص ٣١٤.

(٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٣.

(٤) الحاشية النجّارية: في الاختصاص ص ٧٥ س ٩ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

ولو امتنع المشتري الموسر من الدفع فلا رجوع، ويستوفيه القاضي.

العين، وسواء كان في العين ما يقتضي رغبتهم في دفع القيمة أو لا، لأنّ الخيار قد ثبت بالنصّ فلا يسقط بما ذكر. وتعليل المصنّف بالأمرين ـ أعني المنّة وتجويز غريم آخر ـ لا يأتي على جميع الصوَر إلى آخر ما قال[1]، وقد عرفت الحال.

قوله: ﴿ولو امتنع المشتري الموسر من الدفع فلا رجوع، ويستوفيه القاضي﴾ وكذا لو هرب، وزاد في «التذكرة[2]» أو مات وهو مليّ وامتنع الوارث من دفع الثمن فإنّ البائع لا يتسلّط على الفسخ للأصل، فلا يعدل عنه إلّا بالنصّ، ولا مخالف منّا إلّا الشيخ[3] حيث جوّز للبائع الفسخ في كلّ موضع يتعذّر فيه قبض الثمن، سواء قبض المبيع المشتري أو لا. وفي «الدروس[4]» أنّه لا يخلو عن قوّة. وقد يرد على ما زاده في «التذكرة» أنّه يجوز رجوع غريم الميّت بعينه مع الوفاء كما سيجيء، وقد يرد هذا على إطلاق الكتاب كما قد يرد عليه أيضاً جواز رجوعه في خيار التأخير مع عدم القبض أو القبض بغير إذن البائع، والتأويل ممكن. وقد تقدّم الكلام في ذلك مستوفى عند الكلام في خيار التأخير[5]. وهذا تفريعٌ على تعذّر الاستيفاء بالإفلاس، لأنّ التعذّر هنا ليس من جهة الإفلاس، فذِكره غير مستدرك. وفيه أيضاً التنبيه على خلاف الشافعي[6] أيضاً، فتأمّل.

---

(١) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في بيان اختصاص بعض الديّان ... ج ١٤ ص ٨٨.
(٣) المبسوط: في أحكام تفريق الصفقة ج ٢ ص ١٤٨.
(٤) الدروس الشرعية: في خيار التأخير ج ٣ ص ٢٧٤.
(٥) تقدّم في ج ١٤ ص ٢٤٤ ـ ٢٥٨.
(٦) المجموع: في التفليس ج ١٠ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

الثاني: الحلول، فلا رجوع لو كان مؤجّلاً، ولو حلّ الأجل قبل فكّ الحجر ففي الرجوع إشكالٌ.

[في اشتراط حلول وقت الأداء]

قوله: ﴿الثاني: الحلول﴾ هذا هو الأمر الثاني من شرط العوض أي الثمن.

قوله: ﴿فلا رجوع لو كان مؤجّلاً﴾ كأنّه ممّا لا خلاف فيه، لأنّه لا مطالبة له في الحال فكيف يفسخ البيع اللازم بغير موجب؟! ولا يحلّ الأجل بالفلس، وقد تعلّق بالعين حقّ الغرماء، ولا دليل على سقوطه.

قوله: ﴿ولو حلّ الأجل قبل فكّ الحجر ففي الرجوع إشكالٌ﴾ من عموم الخبر[1] وتعلّق حقّ الغرماء قبله كما في «الإيضاح[2]» من دون ترجيح. وزاد في «جامع المقاصد» أنّ عموم النصوص دالّ على تعلّق حقوق الغرماء بأعيان أمواله، وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول، لامتناع الاختصاص مع تعلّق حقوق الغرماء[3]. قلت: ليس في أخبار الباب[4] وهي أربعة إلّا أنّه يقسّم ماله بين غرمائه وإن كان له مال أُعطي الغرماء، وهذا الإطلاق قد يقال[5]: إنّه لا يتناول ذلك، فتأمّل. وقد يوجّه الإشكال أيضاً من استحقاق المطالبة الآن وأنّه يشارك قبل القسمة، ومن عدمه سابقاً فكذا لاحقاً. وقد قرّب في «التذكرة[6]» أنّه لو حلّ الأجل قبل انفكاك الحجر أنّه لا يشارك صاحبه الغرماء، وبنى عليه أنّه ليس لصاحب الدَين الّذي قد حلّ الرجوع في عين ماله، سواء كان الحاكم قد دفعها في بعض الديون أم لا. وقال

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام الحجر ح ١ و٢ ج ١٣ ص ١٤٥.

(٢) إيضاح الفوائد: في الإختصاص ج ٢ ص ٧٢.

(٣) جامع المقاصد: في الحجر ـ الإختصاص ـ ج ٥ ص ٢٦٤.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٥ في أحكام الحجر ج ١٣ ص ١٤٥ ـ ١٤٦.

(٥) لم نعثر على هذا القول ولا على توجيهه.

(٦) تذكرة الفقهاء: في بيان اختصاص بعض الديّان ... ج ١٤ ص ٨٤.

وأمّا المعاوضة فلها شرطان: كونها معاوضة محضة، فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والعفوعن القصاص على مالٍ، فليس للزوجة فسخ النكاح، ولا للزوج فسخ الخلع، ولا للعافي فسخ العفو بتعذّر الأعواض.

في «التحرير»: إن كان قسّم المال وبيعت العين فلا رجوع، وإن لم تبع كان له الرجوع [١]. وهو جيّد جدّاً بناءً على المختار من أنّه يشارك قبل القسمة. وفي «جامع المقاصد [٢]» أنّ الأصحّ عدم الرجوع من دون تفصيل.

[في اشتراط قبض المفلّس بالمعاوضة]

قوله: ﴿وأمّا المعاوضة فلها شرطان: كونها معاوضة محضة، فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والعفوعن القصاص على مالٍ، فليس للزوجة فسخ النكاح، ولا للزوج فسخ الخلع، ولا للعافي فسخ العفو بتعذّر الأعواض﴾ هذا الشرط إجماعي كما في «جامع المقاصد [٣]» وكأنّ كلّ ذلك مجمع عليه عند الأصحاب كما يُفهم من التذكرة كما في «مجمع البرهان [٤]» وهو أيضاً مقتضى الأصل والقواعد الشرعية. وحاصله: أنّه إنّما يثبت الفسخ إذا كان سبب الانتقال معاوضة محضة مثل البيع والإجارة والهبة المعوّضة والصلح وغيرها لا غيرها ممّا فيه شائبة المعاوضة كالنكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال، بمعنى أنّ المرأة لا تفسخ النكاح بتعذّر استيفاء الصداق بالفلس، وليس للزوج فسخ النكاح إذا لم تسلّم المرأة نفسها وهكذا. نعم لو طلّقها قبل الدخول فسقط

---

(١) تحرير الأحكام: في إختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥٢٢.
(٢ و٣) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٤.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٢.

ويثبت في الإجارة والسَلم، فيرجع إلى رأس المال مع بقائه، أو يضرب بقيمة المسلَّم فيه مع تلفه، أو برأس المال على إشكال لتعذّر الوصول إلى حقّه فيتمكّن من فسخ السلم.

نصفه وبقي نصفه وعين الصداق موجودة وقد أفلست فهو أحقّ بعين ماله. وقد قال جماعة[1]: إنّه إذا أعسر زوج المرأة بنفقتها كان لها الفسخ، وآخرون[2]: إنّها ترفع أمرها إلى الحاكم ليجبره على طلاقها.

قوله: ﴿ويثبت في الإجارة والسَلم، فيرجع إلى رأس المال مع بقائه، أو يضرب[3] بقيمة المسلَّم فيه مع تلفه، أو برأس المال على إشكال لتعذّر الوصول إلى حقّه فيتمكّن من فسخ السَلم﴾ لمّا ذكر ثبوت الاختصاص في الإجارة والسلم بدأ أوّلاً بذكر بيان حكم السلم. وقد تسالم الأصحاب على أنّ رأس المال إذا كان باقياً كان له الرجوع إليه والضرب كما تقدّم[4] واختلفوا فيما إذا كان رأس المال تالفاً مطلقين الكلمة من دون فرق بين ما إذا كان التلف قبل الحجر أو بعده. ويأتي بيان الحال فيه.

وأوّل مَن تعرّض لهذا الفرع من أصحابنا الشيخ في «المبسوط[5]» وقد فرض المسألة فيه فيما إذا كان مال المفلّس مشتملاً على جنس المسلّم فيه بحيث يمكن

---

(١) منهم ابن الجنيد على ما حكاه عنه العلّامة في المختلف: ج ٧ ص ٣٢٨، والرياض: ج ١٠ ص ٢٥٧.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط: في المفلّس ج ٢ ص ٢٥١، ونقل المحقّق الكركي هنا القول عن بعض العلماء في جامع المقاصد: ج ١٢ ص ١٣٧، والمحدّث البحراني في الحدائق: ج ٢٤ ص ٧٧.

(٣) سيأتي من الشارح تفسير الضرب في ص ٣٢٥.

(٤) تقدّم في ج ١٣ ص ٧٥٠ ـ ٧٥٦.

(٥) المبسوط: في أحكام التفليس ج ٢ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

وفاؤه منه، قال: وإن لم يجد عين ماله فإنّه يضرب مع الغرماء بقدر ما له عليه من الحنطة. وقيل أيضاً: إنّه إن أراد فسخ العقد والضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك، والأوّل أصحّ. وكيفية الضرب بالطعام أن يقوّم الطعام الّذي يستحقّه بعقد السلم، فإذا ذكرت قيمته ضرب بها مع الغرماء بما يخصّه منها فيه، فإن كان في مال المفلّس طعام أُعطي منه بقدر ما خصّه من الثمن، وإن لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الّذي خصّه من القيمة طعاماً مثل الطعام الّذي يستحقّه ويسلّم إليه، ولا يجوز أن يأخذ بدل الطعام القيمة الّتي تخصّه، لأنّه لا يجوز صرف المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه، انتهى.

فقد اشتمل كلامه على أنّ المال مشتمل على جنس المسلم فيه وأنّه يضرب بقيمة المسلم فيه وأنّه لا يجوز صرف المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه. وقد وافقه على الأوّل المصنّف في صريح «التحرير[1] والتذكرة[2]» وكذا «المختلف[3]» في آخر كلامه لا في أوّله. وهو ظاهر «جامع المقاصد[4]» بل كاد يكون صريحه عند التأمّل الصادق.

وخالفه المصنّف في «المختلف[5]» في أوّل كلامه والشهيدان في «الحواشي[6] والمسالك[7]» والمقدّس الأردبيلي في «مجمع البرهان[8]» ففرضوا المسألة فيما إذا لم يكن مال المفلّس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه

(١) تحرير الأحكام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥٢٠ ـ ٥٢١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في بيان المعاوضة الّتي يملك بها المفلّس ج ١٤ ص ٩٣.
(٣ و ٥) مختلف الشيعة: في المفلّس ج ٥ ص ٤٥٠.
(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٥ ـ ٢٦٦.
(٦) الحاشية النجّارية: في المفلّس ص ٧٥ س ١٥ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(٧) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١١٦.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٠.

كما صرّح بذلك في «المسالك[1]» ورتّبوا على ذلك أنّه مع تلف عين ماله يتخيّر بين الضرب بقيمة المسلم فيه ورأس المال، لأنّه متى تعذّر المسلم فيه في وقته ولو بغير الانقطاع تخيّر المسلم بين الفسخ والصبر فيكون هناك (هنا ـ خ ل) كذلك إلّا أنّه هنا مع الفسخ يضرب بالثمن ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه، إذ لا صبر هنا لأحد من الغرماء.

فإن كان المصنّف في الكتاب يوافقهم على هذا الفرض كما هو الظاهر من قوله «لتعذّر الوصول إلى حقّه فيتمكّن من فسخ السَلم» أي ولا ينحصر أمره في الضرب بالقيمة، فيكون هذا أحد وجهي الإشكال، ويكون الوجه الثاني أنّ المسلم فيه قد تعذّر فيضرب بقيمته كما هو الشأن في غيره، وأنّه عقدٌ لازم والفسخ إنّما يكون عند انقطاع جنس المسلم فيه لا عند تعذّره بغير الجائحة، إذ يمكن حصوله باستقراضٍ ونحوه، لا يتوجّه على العبارة شيء ممّا ذكره في «جامع المقاصد» قال: فيها نظر، لأنّ تعذّر الوصول إلى حقّه صغرى قياس حذفت كبراه، وتقديرها: وكلّ من تعذّر وصوله إلى حقّه فسخ المعاوضة المتضمّنة له، ومعلوم عدم صحّتها كلّية[2]. قلت: صغراه على ما قلناه هذه صورتها: هذا مسلم تعذّر وصول حقّه، وكلّ مسلم تعذّر وصوله إلى حقّه فسخ المعاوضة المتضمّنة له، وهي صادقة في باب السلم مجمع عليها في صورة الانقطاع بالجائحة، وكذا بغيرها على الظاهر من أخبار ذلك الباب[3] حتّى لو كانت هذه الأخيرة محلّ خلاف ـ وما كان ليكون ـ فليس نظره في «جامع المقاصد» إليها. وقال أيضاً[4]: إنّه لم يقيّد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده، ويجب التفريق بينهما، فإنّه إذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم إلّا المسلم فيه، فبعد الحجر يستحقّ

---

(١) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١١٦.

(٢ و ٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٥ و٢٦٦.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب السلف ج ١٣ ص ٦٨ ـ ٧٣.

الضرب ليس إلّا، وأمّا إذا كان التلف بعد الحجر فإنّ الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجدان عين ماله، فلا يسقط بتلفها استصحاباً لما كان، انتهى. قلت: على ما عرفت من أنّ المسلم فيه متى تعذّر وصوله إلى حقّه فسخ لم يبق فرق بين التلف قبل الحجر أو بعده كما هو واضح.

وإن قلنا: إنّ العبارة موافقة للمبسوط وما وافقه من اشتمال مال المفلّس على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه يكون الوجه في الضرب بالقيمة وعدم الفسخ أنّ تلف رأس المال لا يفسخ السلم مع وجود المسلم فيه فيضرب بدَينه كما في كلّ غريم، ودَينه هو المسلم فيه فيضرب به فيكون حينئذٍ هو أحد وجهي إشكال المصنّف. ووجه الفسخ والضرب برأس المال أنّه تعذّر عليه الوصول إلى تمام حقّه لمكان مشاركة الغرماء فليمكن من فسخه كلّه كما لو انقطع أو فسخ البعض الّذي لم يصل إليه، فيكون معنى قول المصنّف «لتعذّر الوصول إلى حقّه» عدم وصوله إلى حقّه تامّاً. وهو الوجه الثاني من الإشكال كما نبّه على ذلك كلامه في «التذكرة[1]». وحينئذٍ فالقائل بأنّه يضرب بالقيمة في هذا الفرض لا يفرّق بين كون تلف الثمن قبل القبض أم بعده، وكذا القائل بالفسخ، لأنّه ينزّل عدم الوصول إلى تمام حقّه بمنزلة الانقطاع، فيتسلّط عنده على الفسخ مطلقاً، ولهذا أطلقوا أو لم يفرّقوا كما هو واضح.

ومعنى الضرب بالقيمة في عبارة الكتاب وغيرها الضرب باعتبارها لأنّه إنّما يعلم مقدار المستحقّ للمسلم من مال المفلّس باعتبار قيمة المسلم فيه فكأنّه ضرب بها كما نبّه على ذلك الشيخ في «المبسوط» في بيان الكيفية كما سمعته آنفاً[2].

وقد جعل الإشكال في «الإيضاح[3]» في ضربه في القيمة مع التلف نظراً إلى أنّ بعض

---

(١) تذكرة الفقهاء: في بيان المعاوضة الّتي يملك بها المفلّس ج ١٤ ص ٩٣.
(٢) تقدّم في ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.
(٣) إيضاح الفوائد: في الاختصاص ج ٢ ص ٧٢ ـ ٧٣.

ولو أفلس مستأجر الدابّة أو الأرض قبل المدّة فللمؤجر فسخ الإجارة تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان،

الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه. وفيه: أنّ المانع الشيخ وقد عرفت كيف ذكر الكيفيّة، ثمّ إنّ المصنّف لا يرى المنع من هذه المعاوضة فكيف يستشكل صحّتها؟

وكيف كان، فالقائل بالضرب بالقيمة الشيخ في «المبسوط» كما سمعت، وقد قرّبه في «التذكرة[1]» في أوّل كلامه. والقائل بالتخيير بين الضرب بالقيمة والضرب برأس المال على اختلافهم في تصوير المسألة وفرضها المحقّق في «الشرائع[2]» والمصنّف في «المختلف[3]» وصاحب «المسالك[4]» والمقدّس الأردبيلي[5]. ونفى عنه البُعد في «التذكرة[6]» في آخر كلامه. وفي «المسالك[7]» نسبته إلى الأكثر.

وحكى الشهيد[8] عن ابن المتوّج أنّه إن حلّ الأجل قبل قسمة ماله اختصّ بالعين وإن حلّ بعده لم يكن له إلّا الضرب بالمسلم فيه أو الفسخ، وهو كما ترى. وحقّق هو ـ أي الشهيد ـ أنّه يضرب بقيمة المسلم فيه، فإن تعذّر ـ أي المسلم فيه ـ جاز له الفسخ، انتهى فتأمّل.

وليعلم أن عبارة «الإرشاد[9]» مطلقة جدّاً قال: ويتخيّر المشتري سلماً في الضرب بالقيمة أو الثمن، انتهى فليتأمّل.

قوله: ﴿ولو أفلس مستأجر الدابّة أو الأرض قبل المدّة فللمؤجر

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في بيان المعاوضة الّتي يملك بها المفلّس ج ١٤ ص ٩٢ و٩٣.

(٢) شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩٢.

(٣) مختلف الشيعة: في المفلّس ج ٥ ص ٤٥٠.

(٤ و٧) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١١٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٠.

(٨) لم نعثر على هذه الحكاية ولا على تحقيق الشهيد، فراجع.

(٩) إرشاد الأذهان: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ١ ص ٣٩٩.

فسخ الإجارة تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان﴾ هذا ذكره الشيخ في «المبسوط» بعبارة مطلقة، قال: وإذا أفلس المكتري بالكراء نظر، فإن أفلس قبل مضيّ شيء من المدّة رجع المكري في المنافع وفسخ الإجارة، لأنّه قد وجد عين ماله لم يتلف منه شيء[1]. وأشدّ منها في الإطلاق عبارة «الشرائع» قال: ولو أفلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الإجارة[2]. وبذلك عبّر في إجارة «المبسوط[3] والخلاف[4] والمهذّب[5] والغنية[6] والسرائر[7] والشرائع[8] والكتاب[9]».

ولعلّ الإطلاق لوضوح المراد، وإلّا فلا ريب أنّ فسخ الإجارة من أصلها إنّما يكون إذا كان الحجر قبل مضيّ شيء من المدّة كما نبّه عليه في «المبسوط» والمصنّف هنا وفي «التذكرة[10]» والمحقّق الثاني[11]. ويأتي الكلام[12] فيما إذا مضى شيء من المدّة، ولا ريب أيضاً أنّ ذلك إذا لم يكن قد دفع المستأجر الأُجرة كما نبّه عليه في «التذكرة[13] وجامع المقاصد[14] والمسالك[15]» وترك في «المبسوط والكتاب» لشدّة وضوحه. ووجهه أنّه يدخل في عموم الخبر[16] لأنّه وجد عين ماله وأنّ المنافع

---

(١) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٦٨.
(٢) شرائع الإسلام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٩٢.
(٣) المبسوط: في الإجارة ج ٣ ص ٢٢٢.
(٤) الخلاف: في الإجارة ج ٣ ص ٤٨٨ مسألة ٢.
(٥) المهذّب: في الإجارات ج ١ ص ٤٧١.
(٦) غنية النزوع: في الإجارة ص ٢٨٧.
(٧) السرائر: في الإجارات ج ٢ ص ٤٥٧.
(٨) شرائع الإسلام: في الإجارة ج ٢ ص ١٨١.
(٩) قواعد الأحكام: في الإجارة ـ العوض ـ ج ٢ ص ٢٨٦.
(١٠ و١٣) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الصادرة من المفلّس ج ١٤ ص ٩٦.
(١١ و١٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٧.
(١٢) يأتي في ص ٣٣١.
(١٥) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١٠٨.
(١٦) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الحجر ح ٢ ج ١٣ ص ١٤٥.

وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابّة أو الأرض ويدفع إلى الغرماء.

تنزّل منزلة الأعيان في جملة من المواضع، مضافاً إلى اتحاد الطريق، وهو الاشتراك في الضرر. والإجارة كالبيع معاوضة محضة لا يقصد بها إلّا العوضان. ولا يفرّق في هذا ـ أي حيث يريد الفسخ ـ بين أن تكون الإجارة على عينٍ أو ذمّة.

وقد يقال[1]: إنّ الرجوع والفسخ على خلاف الأصل، والمنافع ليس لها وجود مستقرّ فيشكّ في دخولها تحت العموم، إذ في الخبر: «فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال عليه السلام: لا يحاصّه الغرماء» فتأمّل، لأنّه قد يقال[2]: إنّه يتناوله إطلاقه، لكنّه هو والخبر الوارد في الميّت عندهم من سنخٍ واحد على الظاهر، وفيه «رجل باع متاعاً من رجل، فقبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن، ثمّ مات المشتري والمتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائماً بعينه ردّ إلى صاحب المتاع»[3]. وقد يناقش في اتّحاد الطريق وتنقيح المناط لكنّا لم نجد مخالفاً ولا متأمّلاً منّا في الباب ولا باب الإجارة.

قوله: ﴿وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابّة أو الأرض ويدفع إلى الغرماء﴾ كما في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» وقد ترك ذِكره في المبسوط والشرائع، ولعلّه لوضوحه. وحاصل العبارة: أنّ المؤجر إن اختار إمضاء الإجارة ضرب مع الغرماء بالأجرة وآجر الحاكم العين على المفلّس كما يؤاجر أعيان أمواله الّتي لا يمكن بيعها وصرف الأجرة إلى الغرماء إذا كانت الإجارة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الصادرة من المفلّس ج ١٤ ص ٩٦، وفتح العزيز: ج ١٠ ص ٢٤٠.

(٢) لم نعثر على قائله حسبما تصفّحناه فراجع.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الحجر ح ٢ ج ١٣ ص ١٤٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الصادرة من المفلّس ج ١٤ ص ٩٦.

(٥) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٧.

(٦) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١٠٩.

ولو بذلوا له الأُجرة لم يجب عليه الإمضاء.

ولو حجرعليه وهوفي باديةٍ ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمن بأُجرة المثل مقدّمة على حقّ الغرماء.

على عينٍ أو في الذمّة وحصل التعيين، ولو لم يكن قد عيّن ولم يفسخ طالبه الحاكم بالتعيين ثمّ يؤجر العين حينئذٍ.

قوله: ﴿ولو بذلوا له الأُجرة لم يجب عليه الإمضاء﴾ للأصل، وأنّه قدثبت لهالخيار فلايزول بذلك وللمنّة وخوف ظهورغريم على نحو ما مرّ[1]، فتدبّر. وهذا كلّه إذا لم يمض من المدّة شيء، فلو مضى شيء منها له قسط من الأُجرة، فإن فسخ المؤجر ضرب مع الغرماءبقسط المدّةالماضية من الأُجرة المسمّاة، كما لو باع عبدين فتلف أحدهما ففسخ في الآخر، وإن اختار الإمضاء ضرب بجميع الأُجرة كما نبّه على ذلك في «المبسوط[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4]».

قوله: ﴿ولوحجرعليه وهوفيبادية ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمن بأُجرة المثل مقدّمة على حقّ الغرماء﴾ المرادبالعين المتاع المحمول على الدابّة المستأجرة. وقد صرّح بذلك في «المبسوط[5] والتحرير[6] والتذكرة[7]

---

(١) تقدّم الكلام فيه في ص ٢٩٦ ـ ٣١٨.

(٢) المبسوط: في حكم إفلاس المستأجر ج ٢ ص ٢٦٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الصادرة من المفلّس ج ١٤ ص ٩٦.

(٤) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٧.

(٥) المبسوط: في أحكام المفلّس ج ٢ ص ٢٦٨.

(٦) تحرير الأحكام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥٢١.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الصادرة من المفلّس ج ١٤ ص ٩٧.

وجامع المقاصد[١] والمسالك[٢] ومجمع البرهان[٣]» قالوا: لو أفلس مستأجر الدابّة وحجر عليه في خلال الطريق ففسخ المؤجر لم يكن له طرح متاعه في البادية المهلكة ولا في موضع غير محرز، بل يجب عليه نقله إلى مأمن بأُجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان، ويقدّم به على الغرماء، لأنّه لصيانة المال وحفظه وإيصاله إلى الغرماء، فأشبه أُجرة الكيّال والجمّال وأُجرة المكان المحفوظ فيه.

وفي «الإرشاد» لو كانت الدابّة في بادية نقلت إلى مأمن بأُجرة المثل مقدّمة على الغرماء[٤]. وظاهره أنّ الدابّة من عين مال المفلّس يخاف هلاكها نقلت إلى المأمن بالأُجرة، وقد يكون أراد أنّه لو كانت العين المستأجرة دابّة عليها حمل أو متاع، وفسخ صاحبها الإجارة في بادية نقلت مع حملها إلى المأمن بالأُجرة كما عرفت فيوافق القوم.

وكيف كان، لا يسلّم ماله إلّا إلى الحاكم، ومع التعذّر يحفظه حتّى يوصله إليه، ويمكن تسليمه إلى العدل ليوصله إليه، ولعلّ الأولى أن يحفظه ويعلمه به لئلّا يحصل التصرّف والنقل من غير إذن، بل في «مجمع البرهان» احتمال عدم جواز ذلك في كلّ مال له صاحب وقد كان بيد المستعير أو الودعي فأخذه ليوصله إلى صاحبه أو بعث به إليه إلّا أن يكون مأذوناً بوجه، فليتأمّل[٥].

ومثل ذلك ما لو كانت الأُجرة لركوب المفلّس وحصل الفسخ في أثناء المسافة فإنّه ينقل إلى المأمن بأُجرة مقدّمة دفعاً للضرر عن نفسه الّذي هو أولى من حفظ ماله. ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الإجارة العين أو الذمّة لتحقّق التعيين.

---

(١) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٨.

(٢) مسالك الأفهام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٤ ص ١٠٩.

(٣ و ٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٢ و ٢٦٣.

(٤) إرشاد الأذهان: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ١ ص ٣٩٩.

ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأُجرةٍ مقدّمةٍ على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الّذي هو حقّ الغرماء.

ويبقى الكلام في المأمن فإن كان في صوب المقصد وجب المضيّ إليه. وهل للمؤجر تعجيل الفسخ أو يجب عليه الصبر إلى المأمن؟ الأقرب الأوّل. وتظهر الفائدة فيما لو كان الأجر في نقله مخالفاً لما يقع له بعد التقسيط من المسمّى، لأنّه حينئذٍ إن فسخ كان له أُجرة المثل، سواء زادت عن القسط من المسمّى أو نقصت أو ساوت، وإن لم يفسخ كان القسط من المسمّى. ولو كان النقل إلى المأمن هو منتهى مسافة الإجارة وجب النقل إليه، ويجيء الاحتمالان وهما هل له الفسخ أو لا؟ ولو كان النقل إلى المأمن لايحصل إلّا بأجرة مساوية للمقصد أو أكثر فالأولى وجوب النقل وعدم تخيّره، وهل يقدّم بالقسط للنقل أم لا؟ إشكال. ولو كان المأمن في صوب المقصد وصوب مبدأ المسافة على حدٍّ واحد أو تعدّدت مواضع الأمن وتساوت قرباً وبُعداً فالمدار على المصلحة، فإن تساوت كان له سلوك أيّها شاء، لكن الأولى سلوك ما يلي المقصد، لأنّه مستحقّ عليه في أصل العقد، وإن اختلفت الأُجرة سلك أقلّها أُجرة، وإن اختلفت مصلحة المفلّس والغرماء فالأولى تقديم مصلحة المفلّس كما نبّه على ذلك كلّه في «التذكرة[1]».

قوله: ﴿ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأُجرةٍ مقدّمةٍ على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الّذي هو حقّ الغرماء﴾

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الصادرة من المفلّس ج ١٤ ص ٩٩.

ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابّة فلا فسخ، بل يقدّم المستأجر بالمنفعة كما يقدّم المرتهن.

هذا ذكره الشيخ في «المبسوط[1]» والمصنّف في «التحرير[2] والإرشاد[3] والتذكرة[4]». وحاصل الكلام في المقام: أنّه لو فسخ المؤجر للأرض لإفلاس المستأجر، فإن كانت فارغة أخذها، فإن كان قد مضى من المدّة شيء كان كما تقدّم[5]، وإن كانت الأرض مشغولة بالزرع، فإن كان قد استحصد طالب بحصاده وتفريغ أرضه، وإن لم يستحصد، فإن كان له قيمة إذا قطع واتّفق المفلّس والغرماء على قطعه كان لهم، وإن اتّفقوا على التبقية وبذلوا لصاحب الأرض اُجرة فلهم ذلك بشرط أن يقدّموا المؤجر باُجرة المثل. وفي «التحرير[6] والإرشاد[7]» أنّه يجب عليه الصبر والإبقاء، وفي الأخير: أنّه ليس له الإزالة بالأرش، والظاهر أنّ له ذلك. وإن أرادوا التبقية بغير عوض لم يكن لهم ذلك، ولو اختلفوا اُجيب من طلب القطع، واحتمل إجابة من طلب الأنفع، وكذلك في كلّ ما كان من هذا القبيل كما في «جامع المقاصد[8]».

قوله: ﴿ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابّة فلا فسخ، بل يقدّم المستأجر بالمنفعة كما يقدّم المرتهن﴾ كما في «المبسوط[9] والتذكرة[10]

---

(١) المبسوط: في حكم إفلاس المستأجر ج ٢ ص ٢٦١.
(٢ و٦) تحرير الأحكام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥١٧ ـ ٥١٨.
(٣ و٧) إرشاد الأذهان: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ١ ص ٣٩٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الصادرة من المفلّس ج ١٤ ص ٩٩.
(٥) تقدّم في ص ٣٢٩ ـ ٣٣١.
(٨) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٨.
(٩) المبسوط: في الإجارات ج ٣ ص ٢٢٢.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الواردة على الذمّة ج ١٤ ص ١٠١.

ولو كانت الإجارة على الذمّة فله الرجوع إلى الأُجرة إن كانت باقية، أو الضرب بقيمة المنفعة.

والإرشاد[1] وجامع المقاصد[2] ومجمع البرهان[3]» لأنّ ذلك هو مقتضى الأصل والقواعد، لأنّه عقدٌ لازم عقده قبل الحجر والمنافع المستحقّة للمستأجر متعلّقة بعين ذلك المال فيقدّم بها كما يقدّم المرتهن. ولا فرق في التعيين بين أن يكون في أصل العقد أو بعد وروده على الذمّة. ثمّ الغرماء لهم الخيار بين الصبر حتّى تنقضي مدّة الإجارة ثمّ يبيعونها وبين البيع في الحال، لأنّه يجوز عندنا بيع الأعيان المستأجرة، ولا مبالاة بما ينقص من الثمن بسبب الإجارة إذ لا يجب على الغرماء الصبر إلى أن يزيد مال المفلّس. وفي «جامع المقاصد[4]» أنّها تباع إن حصل راغب وإلّا أخّر بيعها إلى انقضاء الإجارة. ولو اختلف الغرماء في الصبر والبيع أُجيب مَن يطلب البيع. وحيث يختارون الصبر هل يبقى الحجر مستمرّاً إلى انقضاء الإجارة؟ وجهان ولعلّ الأقوى العدم.

قوله: ﴿ولو كانت الإجارة على الذمّة فله الرجوع إلى الأُجرة إن كانت باقية،أو الضرب بقيمة المنفعة﴾ كما في «التذكرة[5] والإرشاد[6] وجامع المقاصد[7] ومجمع البرهان[8]» أمّا الأوّل فلأنّه غريم ظفر بعين ماله فله الرجوع فيه والضرب مع الغرماء. وأمّا الثاني وهو أنّه يضرب بقيمة المنفعة حيث تكون الأُجرة تالفة فلأنّ المفروض عدم التعيين، فيكون كسائر الغرماء لا يقدّم عليهم في الاستيفاء، وليس له الفسخ والضرب بالأُجرة، لأنّه ليس كالسلم.

(١ و٦) إرشاد الأذهان: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ١ ص ٣٩٩.
(٢ و٤ و٧) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩.
(٣ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المفلّس ج ٩ ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الواردة على الذمّة ج ١٤ ص ١٠٣.

الثاني: سبق المعاوضة على الحجر، والأقرب عدم تعلّقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر.

ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقدٍ سابقٍ على الحجر، والمنع لأنّه دَين حدث بعد القسمة.

[في اشتراط سبق المعاوضه على الحجر]

قوله: ﴿الثاني: سبق المعاوضة على الحجر﴾ هذا هو الشرط الثاني من شروط المعاوضة.

قوله: ﴿والأقرب عدم تعلّقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر﴾ قد سبقت له هذه المسألة في بحث منع التصرّف في موضعين[1]: أحدهما حيث قال: وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً، والثاني حيث قال: ويحتمل في الجاهل الضرب والاختصاص والصبر. وهنا قرّب عدم الاختصاص وعدم تعلّقه بها. وقد استوفينا الكلام في الموضع الأوّل، واحتمل الشهيد[2] أن يكون تقريب عدم رجوعه لعلمه. وفيه أنّ عدم رجوع العالم محكيّ عليه الإجماع منفيّ عنه الإشكال من جماعة[3].

قوله: ﴿ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقدٍ سابقٍ على الحجر، والمنع لأنّه دَين حدث بعد القسمة﴾ الاحتمال الأوّل جزم به في «التحرير[4]» وقرّبه في «التذكرة[5]» لأنّه دَين استند إلى عقد سابق على الحجر وهو الإجارة، فصار كما لو انهدم قبل القسمة. وضعّف الثاني في «التذكرة[6]» بأنّ السبب متقدّم فيكون مسبّبه

---

(١) تقدّم الكلام في الموضع الأوّل في ص ٢٥٤ ـ ٢٥٦ والموضع الثاني في ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) غاية المراد: ج ٢ ص ٢٠٩ ومجمع الفائدة: ج ٩ ص ٢٤٨.

(٤) تحرير الأحكام: في اختصاص الغريم بعين ماله ج ٢ ص ٥٢٢.

(٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في الإجارة الواردة على الذمّة ج ١٤ ص ١٠٢.

ولو[1] باع عيناً بأُخرى وتقابضا ثمّ أفلس المشتري وتلفت العين في يده ثمّ وجد البائع بعينه عيباً فردّه فله قيمة ما باعه، ويضرب مع الغرماء. ويُحتمل التقديم لأنّه أدخل في مقابلتها عيناً في مال المفلّس.

وأمّا المعوَّض: فله شرطان:

الأوّل بقاؤه في ملكه، فلو تلف أو باعه أو وهبه أو أعتقه أو كاتبه ضارب بالثمن، سواء زادت القيمة عن الثمن أو لا. ولو عاد إلى ملكه بلا عوض كالهبة والوصية احتُمل الرجوع لأنّه وجد متاعه، وعدمه لتلقّي الملك من غيره، ومعه. فإن عاد بعوض كالشراء، فإن وفّى البائع الثاني الثمن فكالأوّل، وإلّا احتُمل عوده إلى الأوّل لسبق حقّه، وإلى الثاني لقرب حقّه وتساويهما، فيضرب كلٌّ بنصف الثمن.

الثاني: عدم التغيّر، فإن طرأ عيبٌ لفعله أو مِن قِبَله تعالىٰ فليس له إلّا الرضا به، أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد، ولا يتقسّط عليه الثمن، وهو نقصان الصفة. وإن كان بجناية أجنبيّ أخذه البائع وضرب بجزءٍ من الثمن على نسبة نقصان القيمة، لا بأرش

كالمتقدّم. وردّه في «جامع المقاصد[2]» بعنوان الاحتمال بأنّ وجود السبب وإن كان كوجود المسبَّب لا يستلزم ما ذكره، لأنّه لا يجري مجراه من جميع الوجوه قطعاً ومن بعضها لا يفيد، وخصوص هذا الوجه لا دليل عليه، قال: والمنع قريب، انتهى فتأمّل.

---

(١) وليعلم القارئ النبيه أنّا لم نظفر على شرحٍ للشارح لما أفاده المصنّف العلّامة من هذا المقام إلى أول المقصد الرابع ولذا لم يأتِ بها الشارح في متن الشرح، ومن المحتمل أنّه شرح هذه السطور ولكن لم يصل إلينا، وقد وقع مثل ذلك منه في كتاب الزكاة أيضاً كما تقدّم، ولعلّك تشاهد نظيره في غير هذين المقامَين أيضاً.

(٢) جامع المقاصد: في المفلّس ج ٥ ص ٢٧٠.

الجناية، إذ قد يكون كلّ الثمن كما لو اشترى عبداً بمائةٍ يساوي مائتين فقطعت يده فيأخذ العبد والثمن، وهو باطل. هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلّا فبنقصان القيمة.

ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبدٍ من عبدين فللبائع أخذ الباقي بحصّته من الثمن، والضرب بثمن التالف.

ولو قُبِضَ نصفُ الثمن وتساوى العبدان قيمةً وتلف أحدهما احتُمل جعل المقبوض في مقابلة التالف فيضرب بالباقي، أو يأخذ العبد الباقي وعدم الرجوع أصلاً، بل يضرب بالباقي خاصّةً، لا التقسيط للتضرّر بالشركة.

ولو تغيّر بالزيادة المتّصلة كالسِمن والنموّ وتعلّم الصنعة فللبائع الرجوع مجّاناً. وبالمنفصلة كالولد والثمرة يرجع في الأصل خاصّةً بجميع الثمن.

ولو صار الحبّ زرعاً والبيضة فرخاً لم يرجع في العين.

ولو حبلت بعد البيع أو حملت النخلة بعده لم يكن له الرجوع في الثمرة وإن لم تؤبّر، ولا في الولد وإن كان جنيناً، وعلى البائع إبقاؤها إلى الجذاذ، وكذا إبقاء زرعه من غير اُجرة لو فسخ بيع الأرض وقد شغلها.

أمّا لو آجر أرضاً فزرع المستأجر وأفلس ففسخ المؤجر تُرِكَ الزرع إلى الحصاد باُجرة المثل، لأنّ مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها، وهنا المنفعة ولم يتمكّن من استيفائها.

ولو أفلس بعد الغرس أو البناء فليس للبائع الإزالة، ولا مع

الأرش على رأي، بل يُباعان، فللبائع مقابل الأرض، ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردةً.

ولو أفلس بثمن الغرس فلصاحبه قلعه مع عدم الزيادة، وعليه تسوية الحفر.

ولو أفلس بثمن الغرس وثمن الأرض فلكلٍّ منهما قلع الغرس إذا لم يزد،لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش، لأنّ صاحب الغرس دفعه مقلوعاً. وإن قلع صاحب الغرس ضمن طمّ الحفر لأنّه لتخليص ماله. ولصاحب الزيت الرجوع وإن خلطه بمثله أو أردأ، لا بالأجود، ويُحتمل الرجوع، فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة، فلو كانت قيمة العين درهماً والممزوج بها درهمين بيعتا وأُخذ ثلث الثمن.

ولوكانت الزيادة صفةً محضةً كطحن الحنطة وخَبْزِ الطحين وقصارة الثوب ورياضة الدابّة وما يُستأجر على تحصيله سلّمت إلى البائع مجّاناً لأنّها كالمتّصلة من السِمن وغيره. ويُحتمل الشركة لأنّها زيادة حصلت بفعلٍ متقوّمٍ محترمٍ فلا يضيع عليه،بخلاف الغصب فإنّه عدوانٌ محض، فيباع المقصور، فللمفلّس من الثمن بنسبة ما زاد عن قيمته، فلو كانت قيمة الثوب خمسةً وبلغ بالقصارة ستّة فله سدس الثمن.

ولو لم يزد القيمة فلا شركة، فإن ألحقنا الصفة بالأعيان كان للأجير على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأجرة،كما أنّ للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن،وإلّا فلا. فإن تلف الثوب في يده، فإن ألحقنا الصفة بالعين لم يستحقّ الأجرة قبل التسليم كالبائع بتلف

العين في يده قبل التسليم، فإنّه يسقط ثمنه، وإلّا استحقّ كأنّه صار مسلّماً بالفراغ.

ولو كانت الزيادة عيناً من وجهٍ وصفةً من وجهٍ كصبغ الثوب فإن لم تزد القيمة فلا شركة. وإن زادت بقدر قيمة الصبغ ـ كما لو كانت قيمة الثوب أربعةً والصبغ درهمين والمصبوغ ستّةً ـ فللمفلّس ثلث الثمن، وإن زادت أقلّ ـ كما لو كان مصبوغاً بخمسةٍ ـ فالنقصان على الصبغ لهلاكه وقيام الثوب. ولو ساوى ثمانيةً، فإن ألحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلّس فالثمن نصفان، وإلّا احتُمل تخصيص البائع به كالسِمن فالثمن أرباعاً، أو البسط فالثمن أثلاثاً.

ولا فرق بين عمل المفلّس بنفسه أو بالأُجرة في الشركة.

ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أُجرة القصارة، فإن ألحقناها بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فاقد عين ماله، وإن زادت فلكلٍّ من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوى قبل القصارة عشرة والقصارة خمسةً والأُجرة درهم قُدِّم الأجير بدرهمٍ والبائع بعشرة وأربعة للغرماء.

ولبائع الجارية انتزاعها وإن حبلت منه مع الإفلاس بالثمن لا الولد.

ويتعلّق حقّ الغرماء بعوض الجناية خطأً لا عمداً، إلّا إذا رضي به، ولا يجب عليه.

ويجب أن يؤاجر الدابّة والدار والمملوك وإن كانت أُمَّ ولدٍ، لا نفسه.

ويتساوى غرماء الميّت مع عدم الوفاء، ومعه لصاحب العين الاختصاص.

(المطلب الخامس) في حبسه:

ولايجوز حبسه مع ظهور فقره، ويثبت بإقرار الغريم أو البيّنة المطّلعة على باطنه. ولو فُقد الأمران، فإن عُرف له مالٌ ظاهر أُلزم التسليم أو الحبس أو يبيع الحاكم عنه ويُوفّي، وإن لم يظهر له مال ولا بيّنة على دعوى الإعسار حُبس حتّى يظهر إعساره إن عُرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً، وإلّا قُبِل قوله، ولا يكلّف البيّنة بعد اليمين.

ولو شهد عدلان بتلف ماله قُبِلَ بغير يمينٍ وإن لم تكن مطّلعة على باطنه. ولو شهدا بالإعسار مطلقاًلم يُقبل إلّا مع الصحبة المؤكّدة، وللغرماء إحلافه مع البيّنة. ومع قسمة ماله يجب إطلاقه، ويزول الحجر عنه بالأداء لا بحكم الحاكم.

ويجوز الحبس في دَين الولد، ولا تُمنع الإجارة المتعلّقة بعين المؤجّر من حبسه.

(المطلب السادس) في بقايا مباحث هذا الباب:

لو أفلس المشتري بعد جناية العبد فالأقرب أنّ للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجناية، أو الضرب بثمنه مع الغرماء، ولا يسقط حقّ المجنيّ عليه من أخذ العين. والأقرب تقديم حقّ الشفيع على البائع لتأكّدحقّه، حيث يأخذ من المشتري وممّن نقله إليه وسبقه، ويُحتمل تقديم البائع لانتفاء الضرر بالشفعة، لعود الحقّ كما كان وأخذ الثمن من الشفيع، فيختصّ به البائع جمعاً بين الحقّين.

وليس للمحرم الرجوع في الصيد، والرجوع فسخٌ فلا يفتقر إلى

معرفة المبيع ولا القدرة على التسليم، فلو رجع في الغائب بعد مضيٍّ مدّةٍ يتغيّر فيها ثمّ وجده على حاله صحّ، وإن تغيّر فله الخيار. ولو رجع في العبد بعد إباقه صحّ، فإن قدر عليه وإلّا تلف منه، ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع، وبعده أمانةٌ على إشكال.

ولو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قُدِّم قول المفلّس لأنّه منكر، فيضرب بالثمن خاصّةً.

وكلّ ما يفعله قبل الحجر ماضٍ.



المقصد الرابع
في الضمان

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وعليه أتوكّل وبه أستعين﴾

الحمد لله كما هو أهله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين محمّد وآله الطاهرين المعصومين، ورضي الله تعالى عن مشايخنا وعلمائنا أجمعين وعن رواتنا المحسنين، وأدرجنا إدراجهم وسلك بنا سبيلهم، أللّهمّ بالأمين آمين.

وبعد، فهذا ما برز من أجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلّامة زاد الله سبحانه إكرامه تصنيف العبد الأقلّ الأذلّ محمّد الجواد الحسيني الحسني العاملي عامله الله تعالى بلطفه الخفي والجلي.

[في معنى الضمان والمراد منه]

قوله: ﴿المقصد الرابع: في الضمان﴾ هو عندنا كما قاله المصنّف في «التذكرة[1]» والشهيدان[2] وغيرهم[3] مشتقّ من الضمن، لأنّه يجعل ما كان في ذمّته

(١) تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ١٤ ص ٢٧٩.

(٢) مسالك الأفهام: في الضمان ج ٤ ص ١٧١، والحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٦ س ١٤ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الاسلامية).

(٣) كما في حاشية المجمع للوحيد البهبهاني: في الضمان ج ١٣ ص ٤٠٥.

من المال في ضمن ذمّة أُخرى، أو لأنّ ذمّة الضامن تتضمّن الحقّ، فالنون فيه أصلية بناءً على أنّه ينقل المال من الذمّة إلى الذمّة. وعند أكثر العامّة[١] أنّه غير ناقل وإنّما يفيد اشتراك الذمّتين، فاشتقاقه من الضمّ، والنون فيه زائدة، لأنّه ضمّ ذمّة إلى ذمّة، فيتخيّر المضمون له في المطالبة. والترجيح معنىً من وجوه:

منها: وجود النون في جميع تصاريفه من ماضٍ ومضارع وأمر وتثنية وجمع، ودعوى اشتقاق ما فيه النون في جميع تصاريفه ممّا هو خالٍ عنه كذلك غير معقول.

ومنها: أنّ ضمان النفس يمكن توجيهه على مذهبنا ويحتاج على مذهبهم إلى تكلّف شديد جدّاً. وأمّا ضمان المتلفات من نفسٍ ومالٍ فإنّه يناسب المختار وإن خرج عمّا نحن فيه.

ومنها: قوله صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم»[٢] فقد قال الشهيد[٣]: إنّ ظاهره اختصاصه بالغرم، إذ هو خبر في معنى الإنشاء، وظاهره أنّ ذلك لمكان الوصف، وهو حجّة.

وهل هذا النزاع نشأ من اختلافهم في الحكم أم العكس؟ وجهان. وتظهر الفائدة في مسائل منها: أنّه لو أبرأ الضامن برئا معاً عندنا، ولا يبرأ المضمون عنه عندهم، وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض. نعم لو أبرأ المضمون عنه يبرأ عندهم ولا يبرأ عندنا، لأنّه إبراء لمن ليس له عليه شيء إلى غير ذلك ممّا ذكره أبو العبّاس[٤] ممّا يأتي في تضاعيف الباب.

وكيف كان، فالضمان مشترك لفظي بين معنيين أعمّ وأخصّ، فالأعمّ هو التعهّد

---

(١) المغني لابن قدامة والشرح الكبير: في الضمان ج ٥ ص ٧٠ و٧٣، والحاوي الكبير: في الضمان ج ٦ ص ٤٣٦.

(٢) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٣ ح ١٠٢.

(٣) الحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٧ س ١ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤) المهذّب البارع: في الضمان ج ٢ ص ٥٢٢.

على وجهٍ خاصّ بنفسٍ أو مالٍ لمن كان له في ذمّته شيء أم لم يكن، فإن كان نفساً فهو الكفالة، وإن كان مالاً فإن كان في ذمّته شيء فهو الحوالة، وإلّا فالضمان بالمعنى الأخصّ. إلّا أنّ الضمان إذا أُطلق بغير قيد يتبادر منه المعنى الأخصّ لكثرة تداوله مع كونه فرداً من العامّ، وإذا أُريد منه القسمان الآخران بخصوصهما احتيج إلى التقييد مثل أن يقال: ضمان نفس أو ضمان لمن في ذمّته شيء.

وهذا هو مراد الأصحاب ممّا طفحت به عباراتهم من قولهم: إنّ الضمان الخاصّ هو المسمّى بالضمان بقولٍ مطلق، وليس مرادهم أنّ الضمان مفهوم كلّي تحته أفراد ثلاثة منقسم إليها انقسام الكلّي إلى جزئيّاته، لكنّ هذا الفرد الخاصّ لا يحتاج إلى قيدٍ وقرينة، بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه أنّ ذلك يقتضي كون إطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة، لأنّ من علاماتها صحّة الإطلاق من غير قيد، كما أنّ توقّف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضمّ إليه دليل المجاز. فكيف يجتمع كونهما من أفراد الكلّي بطريق الحقيقة، وافتقارهما مع ذلك في صحّة الإطلاق إلى التقييد كما صرّح به في «المسالك[1]» ونبّه عليه في «جامع المقاصد[2]». ويجاب كما في «المسالك» بأنّ المنقسم إليهما بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان لا الضمان المطلق، وهذا ـ أي مطلق الضمان ـ لا ينافي كونهما مجازين بالنظر إلى الضمان المطلق وحقيقتين بالنسبة إليه أي مطلق الضمان. والحاصل: أنّه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء. ومثل هذا البحث يأتي في الماء، فإنّهم قسّموا مطلق الماء إلى الماء المطلق والمضاف، مع أنّ إطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز إلّا أنّه فرد حقيقة من مطلق الماء. ومنشأ الاختلاف باختلاف الوجهين، ولكن لمّا اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لوحظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصّة[3].

---

(١) مسالك الأفهام: في الضمان ج ٤ ص ١٧٣.
(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٠٨.
(٣) مسالك الأفهام: في الضمان ج ٤ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

وأنت خبير بأنّ الإيراد والجواب في غير محلّهما كما ستسمع، على أنّا لو قلنا: إنّ الضمان اسمٌ لمفهوم كلّي وتحته أفراد ثلاثة لكنّ هذا الفرد هو المتبادر منها، فمعناه أنّه مطلق صار حقيقة عرفية في بعض أفراده. وهذا معنى قولهم: الإطلاق ينصرف إلى الفرد الشايع، فتصير بقية الأفراد كالمجازات تحتاج إلى قرينة.

ثمّ يرد على الإيراد: أنّا لا نسلّم أنّ إطلاق الكلّي على كلّ فرد منه حقيقة بل هو مجاز قطعاً، لكنّه قد استعمل في غير ما وضع له. ومعنى قولهم: إنّه يصحّ استعماله في الفرد من حيث كونه فرداً حقيقة أنّه يصحّ تعليق الحكم بالكلّي من حيث تعلّقه بفرد منه بأن لا يكون من مقصود المتكلّم وإرادته في الواقع إلّا ذلك الفرد مع استعمال اللفظ في الكلّي وتعليقه ـ أي المتكلّم ـ الحكم به إلّا أنّه أراده من اللفظ واستعمله فيه كما حقّقه المحقّق التفتازاني [1] في باب البيان. وله تحقيق آخر وهو أنّ الكلّي إذا استعمل في فرد باعتبار حصول الماهية فيه مع قطع النظر عن الخصوصيّات والمشخّصات، وبالجملة: أُريدت الماهية المتحقّقة في ضمن فرد فإنّه يكون حقيقة أيضاً. وهذا أنكره جماعة واتّفقوا على أنّ استعماله في فرده باعتبار شخصه وخصوصه يكون مجازاً.

ويرد على الجواب: أنّا لا نسلّم أنّ المنقسم في كلامهم مطلق الضمان بل الضمان المطلق، لأنّهم يقولون الضمان كذا وكذا، ولا شكّ أنّه مطلق ولا يشترط في المقسم عندهم أن يكون صادقاً على جميع الأفراد حقيقة كما هو الشأن في تقسيم الطهارة والماء المطلق والوضوء ونحو ذلك كما صرّح به جماعة [2].

وأنت إذا أحطت خبراً بما حرّرناه في المقام ظهر لك عدم صحّة تفسير المحقّق الثاني لعبارة الكتاب فيما يأتي، واندفاع اعتراضه على الشهيد، وعدم توجّه اعتراض الشهيد الثاني على المحقّق. قال في «جامع المقاصد» في شرح قوله «ويسمّى

---

(١) راجع المطوّل: في المقصد الثاني من علم البيان ص ٣٤٨.

(٢) منهم الشهيدان في الحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٧ س ٥، والمسالك: في الضمان ج ٤ ص ١٧٣، والأردبيلي في المجمع: في الضمان ج ٩ ص ٢٨٣.

ضماناً بقولٍ مطلق» ما نصّه: أي غير محتاج إلى تقييده بكونه ضمان المال ممّن ليس عليه مثله، فيكون الضمان واقعاً على معنيين، وهذا بخلاف الكفالة فإنّها لا تطلق على ضمان المال إلّا بقيد، فيقال كفالة بالمال. وفي «حواشي الشهيد» أنّ الكفالة والحوالة لا يطلق عليهما الضمان إلّا مضافاً، فيقال في الكفالة: ضمان النفس، وفي الحوالة: ضمان المال ممّن عليه مثله، فيكون قوله «بقولٍ مطلق» مشيراً إلى ذلك. وفيه نظر فإنّه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهما بطريق الحقيقة، وتعريف المصنّف يقتضي الحقيقة، ومع ذلك فالحوالة لا تختصّ بمن عليه مثله كما سيأتي في كلام المصنّف إن شاء الله تعالى، والصواب ما ذكرنا، وهو الّذي ذكره في التذكرة [١]، انتهى.

والموجود في «التذكرة» أنّ الضمان قد شرّع للتعهّد بمالٍ أو نفس، وسمّي الأوّل ضماناً بقولٍ مطلق، ويخصّ الثاني باسم الكفالة. وقد تطلق الكفالة على ضمان المال لكن بقيد فيقال: كفالة بالمال [٢] وليس بتلك المكانة من الدلالة على ما أراد.

وأمّا المحقّق فإنّه اختار التقسيم على المشهور حيث قال: والتعهّد بالمال قد يكون ممّن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون، فهنا ثلاثة أقسام [٣]. ثمّ بيّن ما عنده في المسألة من جريان الحوالة في بعض أقسام الضمان. فلا يرد اعتراض الشهيد الثاني من أنّ الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمّة المحال عليه للمحيل، فيدخل هذا القسم في الضمان الأخصّ، ولا يحتاج إلى جوابيه بأنّ التقسيم جارٍ على محلّ الوفاق أو باعتبار القسم الآخر، وهو تعهّد مشغول الذمّة للمحيل، فيكون هو أحد الأقسام الثلاثة خاصّة، وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصحّ تسميته ضماناً خاصّاً وحوالة يسهل معه الخطب [٤]، انتهى. ثمّ يرد عليه أيضاً أنّ الظاهر من القسمة التغاير، وحصر اسم كلّ قسم فيما ذكر له.

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٠٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ١٤ ص ٢٧٩.
(٣) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١٠٧.
(٤) مسالك الأفهام: في الضمان ج ٤ ص ١٧٢.

وهو عقدٌ شُرّع للتعهّد بنفسٍ أو مالٍ ممّن عليه مثله أو لا.

[في أنّ الضمان هل هو عقد أو نقل]

قوله: ﴿وهو عقدٌ شُرّع للتعهّد بنفسٍ أو مالٍ ممّن عليه مثله أو لا﴾ هذا تعريف له بالمعنى الأعمّ الشامل للأخصّ والحوالة والكفالة. وفي «جامع المقاصد[1] والمسالك[2]» أنّه يجيء في قوله «عقد» ما سبق في البيع على القول بأنّه العقد من أنّ الضمان هو نفس التعهّد لا العقد الدالّ على التعهّد وأنّه هو التحقيق وأنّ إطلاقه على العقد بطريق المجاز إقامة للسبب مقام المسبّب.

قلت: هـذا شيء أطال في بيانه المحقّق الثاني فـي باب البيع وقـال: إنّه النقل لا العقد[3] ووافقه على ذلك الأستاذ الشريف[4] وقد بيّنّا في باب البيع أنّه ليس بشيء وأنّ الفقهاء إنّما يعرّفون ما اصطلحوا عليه حيث يقولون: كتاب البيع وأقسام البيع وأحكام البيع ونحو ذلك، فـإنّهم إنّما يريدون بذلـك المعاملة القائمة بالبائع والمشتري معاً، وهو المعنى الحاصل بالعقد وكذلك الحال في الضمان والإجارة والرهن والوكالة والقرض وغيرها. وليس المراد بالبيع في كلامهم فعل البائع فقط أي النقل، ولا بالضمان فعل الضامن فقط، ولا بالإجارة فعل المؤجر فقط، وهكذا. ويرشد إلى ذلك أنّا ما وجدنا أحداً حدّد البيع صريحاً بالنقل كما بيّنّاه[5] في محلّه، وإن هي إلّا غفلة وإلّا فالأمر أوضح من أن يشتبه.

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٠٨.
(٢) مسالك الأفهام: في الضمان ج ٤ ص ١٧١.
(٣) جامع المقاصد: في صيغة البيع ج ٤ ص ٥٥.
(٤) مصابيح الأحكام: في البيع ص ٢٣٠ س ١١ (مخطوط في مؤسّسة النشر الإسلامي برقم ١٤).
(٥) تقدّم الكلام في ذلك في ج ١٢ ص ٤٧٥ ـ ٤٧٨ وأتى هناك بما أتى به هنا. والعجب منه أنّه حكى هناك وفي المقام عن المحقّق الثاني أنّ البيع هو النقل وأنّ الأستاذ الشريف وافقه في ذلك وزاد هناك حكايته عن ظاهر الشرائع واللمعة، ومع ذلك قال: ما وجدنا أحداً حدّده صريحاً بالنقل مع أنّ الأستاذ الشريف بالغ في إثباته هناك وأتى على حدّ تعبيره من الغرر والفرائد في هذا الباب ما لم يأت به أحد من الأصحاب، فراجع وتعجّب.

وقال في «جامع المقاصد»: ويرد على هذا هنا وفي البيع أنّ البيع والضمان وغيرهما قد يكون صحيحاً وقد يكون فاسداً، ونقل الملك لا يكون إلّا صحيحاً، وكذا التعهّد. ويجاب بأنّ النقل لا يلزم أن يترتّب عليه الانتقال، وكذا التعهّد قد لا يترتّب عليه أثره [1].

قلت: لم يتّضح وجه هذا الإيراد، لأنّه إن كان المراد بيان أنّ المعاملات أسماء للأعمّ من الصحيح والفاسد فلا إيراد لأنّ المعلوم أنّ شرعية العقد المذكور للتعهّد أعمّ من كون أثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاسد، وإن كان المراد أنّ تعريف البيع والضمان ليس جامعاً للشرائط فقد عرفت [2] فيما حرّرناه في تعريف الرهن أنّ غرضهم من التعاريف تمييز العقود بعضها عن بعض، وبعضها قد لا يتميّز عن الآخر إلّا بذكر بعض الشرائط، لأنّ بعضها يتميّز بذكر شرط، وآخر بذكر شرطين، وآخر لا يحتاج إلى ذكر شيء من الشرائط، وليس الغرض بيان البيع الصحيح. والضمان كذلك، بل الغرض أنّ هذا العقد من شأنه أن يدلّ على نقل الملك وذاك على نقل المنفعة والصحّة وهكذا* والفساد أمرٌ آخر وراء ذلك. والأمر هيّن والضمان جائز وثابت بالكتاب والسنّة والإجماع كما في «المبسوط [3] والسرائر [4] والتذكرة [5]» وغيرها [6].

---

* ـ وكذا في النسخ، ولعلّ الصواب: وهكذا والصحّة والفساد ... الخ (مصحّحه). والتأويل ممكن لكن لا يخلو عن تجشّم أو يكون من باب بيان الواضحات، فليتأمّل جيّداً.

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٠٨.
(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٢٢.
(٣) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٢.
(٤) السرائر: في الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٦٩.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ١٤ ص ٢٨٠.
(٦) كرياض المسائل: في الضمان ج ٨ ص ٥٧١.

فهنا فصول ثلاثة:

الأوّل: الضمان بالمال ممّن ليس عليه شيء

ويسمّى ضماناً بقولٍ مطلق، وفيه مطلبان:

(الأوّل) في أركانه:

وهي خمسة:

الصيغة، وهي «ضمنت وتحمّلت وتكفّلت» وما أدّى معناه.

قوله: ﴿فهنا فصول ثلاثة، الأوّل: الضمان بالمال ممّن ليس عليه شيء، ويسمّى ضماناً بقولٍ مطلق﴾ هذا تقدّم الكلام فيه آنفاً[1].

[في صيغة الضمان]

قوله: ﴿وفيه مطلبان، الأوّل: في أركانه، وهي خمسة: الصيغة وهي «ضمنت وتحمّلت وتكفّلت» وما أدّى معناه﴾ من الألفاظ الدالّة عليه صريحاً كـ«تقلّدته» والتزمته وأنا بهذا المال ظهير أو كفيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل كما في «المبسوط[2]» وغيره[3]. وكذا لو قال: دَين فلان عليَّ كما في «التذكرة[4]» لأنّ «عليَّ» ضمان، لاقتضاء «عليَّ» الالتزام. قلت: ومثله «في ذمّتي» أمّا «ضمانه عليَّ» فكافٍ بانتفاء الاحتمال مع تصريحه بالمال. وقيل[5]: إنّه لو قال: «مالك عليَّ»

(١) تقدّم الكلام فيه في ص ٣٤٥ ـ ٣٤٧.

(٢) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٢.

(٣) كالتحرير: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ١٤ ص ٢٨٤.

(٥) كما في اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

ولو قال:أُؤدّي، أو:أُحضر لم‌يكن ضامناً. ولا تكفي الكتابة مع القدرة، وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالّة على الرضا لإمكان العبث،

أو «دَينه عليّ»أو«ما عليه عليّ»فليس بصريح لجواز إرادته‌أنّه قادر على تخليصه أو أنّ عليه السعي أو المساعدة ونحوه. وكذا لو قال: مالك عندي فإنّه‌ليس بصريح، لأنّه يجوز أنّه للغريم تحت يده مال. ولا تضرّ ندرة بعضها كالحميل والقبيل بعد ثبوته في اللغة. وقبيل بمعنى كفيل من قبل كعلم إذا كفل.

قوله: ﴿ولو قال: أُؤدّي، أو: أُحضر لم يكن ضامناً﴾ لأنّه وعد وليس بالتزام كما في «التذكرة[1]» مضافاً إلى الأصل. والمولى الأردبيلي على أنّه يكفي ما يدلّ على أنّه يعطي[2].

ويشترط فيه قبول المضمون له كما سينبّه المصنّف عليه، لأنّه عقد إجماعاً كما في «جامع المقاصد[3]» فلابدّ فيه من القبول ومن رعاية ما يشترط في سائر العقود من التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول، وضابطه ما لا يخرج به‌القبول عن كونه قبولاً لذلك الإيجاب عرفاً. والمولى الأردبيلي على أنّه لا يشترط القبول بل يكفي ما يفيد العلم برضاه[4]. وتمام الكلام يأتي[5] في محلّه بلطف الله تعالى.

قوله: ﴿ولا تكفي الكتابة مع‌القدرة، وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالّة على الرضا لإمكان العبث﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[6]» وبه طفحت عباراتهم في باب البيع[7]. ووجه عدم كفاية الكتابة مع القدرة على النطق

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ١٤ ص ٢٨٤.

(٢ و٤) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الضامن ج ٩ ص ٢٨٨.

(٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٩.

(٥) سيأتي في ص ٣٩٥.

(٧) تقدّم في ج ١٢ ص ٥٢٤ ـ ٥٢٨.

وشرطه التنجيز، فلو علّقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد.

أنّه ـ أي النطق ـ معتبر في العقود اللازمة بالإجماع. ولا فرق بين أن يكون حاضراً أو غائباً ولا بين الضامن والمضمون له بناءً على اعتبار قبوله لفظاً.

ووجه كفايتها مع عدم القدرة مع الإشارة الدالّة على الرضا أنّه حينئذٍ أخرس أو كالأخرس. ولا ريب في صحّة عقوده. والتوكيل لابدّ أن يكون بذلك أيضاً أو بالإشارة وحدها إذا أفهمت، والظاهر الاكتفاء بالإشارة إذا عجز عن النطق وإن قدر على الكتابة. ولو عجز عن النطق لإكراه فهل تكفي كتابته مع الإشارة الدالّة أم لا؟ لم أجد للأصحاب نصّاً في ذلك في باب البيع والنكاح وغيره، وقضيّة الأصل العدم.

[في اشتراط التنجيز في الضمان]

قوله: ﴿وشرطه التنجيز، فلو علّقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد﴾ أمّا اشتراط التنجيز فلأنّه عقد من العقود فلا يقبل التعليق. وفي «تمهيد القواعد[1]» الإجماع على عدم صحّة تعليق العقود على الشرط. وقد يلوح ذلك من «التذكرة[2] وكشف اللثام[3]» وقد علّل في «قواعد الشهيد[4] وتمهيد القواعد[5]» بأنّ الانتقال مشروط بالرضا، ولا رضا إلّا مع الجزم، ولا جزم مع التعليق ولو كان وصفاً. وقد استوفينا الكلام فيه في باب البيع[6]. وكذلك لا يقبل التأقيت كما تقبله الإجارة، فيصحّ أن يؤجره داره بعد سنة، ولا يصحّ أن يضمن بعد سنة، ولا أن

(١ و ٥) تمهيد القواعد: قاعدة ١٩٨ ص ٥٣٢.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٢٨٥.
(٣) كشف اللثام: في النكاح ج ٧ ص ٤٨.
(٤) القواعد والفوائد: في العقود قاعدة رقم ٣٥ ج ١ ص ٦٥.
(٦) تقدّم الكلام في ذلك في ج ١٢ ص ٥٣٢ ـ ٥٣٤.

والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه.

يقول: أنا ضامن إلى شهر فإذا مضى ولم أُغرم فأنا بريء.

وأمّا شرط الخيار في الضمان كأن يشرط الضامن الخيار لنفسه فإنّه يكون باطلاً كما في «التذكرة[١]» وظاهر بيع «المبسوط[٢]» ووجهه أنّه ينافي مقتضى الضمان، لأنّ الضامن على يقين من الغرامة والغرر، فتدبّر. وقال في بيع «التذكرة»: والضمان يصحّ دخول خيار الشرط فيه للعموم[٣]. ونحوه ما في بيع «التحرير[٤]» وضمان «جامع المقاصد[٥]» واستظهر المقدّس الأردبيلي من التذكرة الإجماع على دخول خيار الشرط في كلّ معاوضة، قال: وعموم أدلّة العقود والوفاء بها وبالشروط دليل واضح على الكلّ حتّى يوجد المانع من إجماع ونحوه[٦].

قلت: والأمر كما ذكر لما ذكر من العموم والأصل وانتفاء المانع إلّا ما يتخيّل من أنّ الضمان يتضمّن إبراء ذمّة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط. وجوابه أنّ الضمان حكمٌ من أحكام نقل المال ولا يتضمّن الإبراء، فإذا تحقّق النقل غير متزلزل تحقّقت البراءة وإلّا فلا، فليتأمّل فيه.

[في ان الإبراء كالضمان]

قوله: ﴿والإبـراء كالضمان فـي انتفاء التعليق فيه﴾ قـد يلوح مـن «التذكرة[٧]» الإجماع عليه وأنّه يبطله، والمهمّ تأصيل الأصل، فيمكن أن يقال: إنّ العقود والإيقاعات ألفاظ متلقّاة، والأصل عـدم قبولها التعليق إلّا ما خرج بالدليل

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٢٨٥ و٢٨٦.

(٢) المبسوط: في بيع الخيار ج ٢ ص ٨١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في خيار الشرط ج ١١ ص ٦٤.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الخيار ج ٢ ص ٢٩٤.

(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٠٩.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أقسام الخيار وأحكامه ج ٨ ص ٣٩٩.

ولو شرط تأجيل الحالّ صحّ.

كالظهار إن قلنا به والوصية والعتق على احتمال. ويمكن أن يقال: الأصل فيها قبول الشرط والتعليق إلّا ما خرج بالدليل، كالبيع والصلح والإجارة والرهن، فليتأمّل. ولعلّه ترك ذكر الخيار هنا لمكان ظهور عدم قبول الإبراء له.

[في جواز اشتراط تأجيل الحالّ وبالعكس]

قوله: ﴿ولو شرط تأجيل الحالّ صحّ﴾ إجماعاً كما في «الشرائع[1] والتنقيح[2] وإيضاح النافع والمسالك[3]» وكذا «جامع المقاصد[4] والمفاتيح[5]». وفي «الكفاية» لا أعرف فيه خلافاً[6]. ويدلّ عليه بعد ذلك الأصل والعمومات السالمة عن المعارض إلّا ما قد يتوهّم من أنّه تعليق للضمان على الأجل، وليس كذلك بل هو تأجيل للدَين الحالّ في عقدٍ لازم فيلزم.

وعساك تقول: إنّ الضمان نقل المال على ما هو به، وهذا ليس كذلك ولا أقلّ من أن يختلفوا فيه كما اختلفوا في عكسه، لأنّا نقول: لا نسلّم هذه الكلّية، لأنّا نجوّز ضمان المؤجّل حالّاً كما ستسمع، سلّمنا ولكنّ اشتراط تأجيل الحالّ شرط يستقلّ به صاحب الدَين في العقد اللازم بخلاف اشتراط حلول المؤجّل، فإنّ الأجل هنا مشترك بين المضمون له والمضمون عنه.

---

(١) شرائع الإسلام: في ضمان المال ج ٢ ص ١٠٨.
(٢) التنقيح الرائع: في الضمان ج ٢ ص ١٨٨.
(٣) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٤.
(٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٠.
(٥) مفاتيح الشرائع: في أقسام الحقّ المضمون ج ٣ ص ١٤٦.
(٦) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٤.

والأقرب جواز العكس،

قوله: ﴿والأقرب جواز العكس﴾ كأن يضمن المؤجّل حالاً. وهو ظاهر «المبسوط» على تأمّل فيه، وقد نسب إلى صريحه في «السرائر[١]» وغيرها[٢]. قال في «المبسوط»: إذا أطلق الضمان فله المطالبة أيّ وقت شاء[٣]. وهو المحكيّ[٤] عن «المهذّب» وصريح «السرائر[٥] والشرائع[٦] والنافع[٧] وكشف الرموز[٨] والتذكرة[٩] والإرشاد[١٠] والمختلف[١١]» في أوّل كلامه و«اللمعة[١٢] والتنقيح[١٣] والمقتصر[١٤] وإيضاح النافع والمسالك[١٥] والروضة[١٦] ومجمع البرهان[١٧] والمفاتيح[١٨] والرياض[١٩]» وظاهر «التذكرة» في موضعين منها الإجماع عليه حيث قال: عندنا[٢٠]. واستشكل في

(١ و٥) السرائر: في الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٧٠.

(٢) كالمهذّب: في الرهن ج ٢ ص ٧١.

(٣) المبسوط: في شرائط الضمان ج ٢ ص ٣٢٣.

(٤) الحاكي هو الطباطبائي في رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٨١.

(٦) شرائع الإسلام: في ضمان المال ج ٢ ص ١٠٨.

(٧) المختصر النافع: في ضمان المال ص ١٤٢.

(٨) كشف الرموز: في الضمان ج ١ ص ٥٥٨.

(٩ و٢٠) تذكرة الفقهاء: في صيغة الضمان ج ١٤ ص ٢٨٧ و٢٨٩..

(١٠) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.

(١١) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠.

(١٢) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

(١٣) التنقيح الرائع: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٨ ـ ١٨٩.

(١٤) المقتصر: في الضمان ص ١٩٦.

(١٥) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٤.

(١٦) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٢.

(١٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٠.

(١٨) مفاتيح الشرائع: في أقسام الحقّ المضمون ج ٣ ص ١٤٦.

(١٩) رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٨١.

«التحرير [١]» في أوّل كلامه وكذا «الكفاية [٢]» للأصل والعمومات السالمة عن المعارض عدا ما ستسمعه من أدلّة المخالف وسيتّضح فساده، وأنّ الأداء معجّلاً جائز فكذا الضمان، لأنّه كالأداء.

وقد نسب الخلاف في «المختلف [٣]» إلى الشيخ في المبسوط وأنّه قال: لا يصحّ، لأنّ الفرع لا يكون أقوى من الأصل، ولم أجد ذلك فيه [٤]. وقد سمعت ما نسب إليه في «السرائر» وغيرها. ونسب الخلاف جماعة [٥] إلى المفيد في المقنعة والشيخ في «النهاية» ولم أجد ذلك في «المقنعة [٦]» وليس في «النهاية» إلّا قوله: ولا يصحّ ضمان مال ولا نفس إلّا بأجل [٧].

وإلى ذلك أشار في «السرائر» بقوله: وقد يوجد في بعض الكتب لأصحابنا ولا يصحّ ضمان مال ولا نفس إلّا بأجل. قال: والمراد بذلك إذا اتّفقا على التأخير والأجل فلابدّ من ذلك، ولا يصحّ إلّا بأجلٍ محروس. فأمّا إذا اتّفقا على التعجيل فيصحّ الضمان من دون أجل، وكذا إذا أطلقا العقد. وإلى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه، وهو حقّ اليقين، لأنّه لا يمنع منه مانع، ومن ادّعى خلافه يحتاج إلى دليل ولم يجده [٨]، انتهى. وكلامه يعطي أنّه فهم من عبارة المبسوط المتقدّمة أنّه لو كان مؤجّلاً وضمنه مطلقاً حلّ وجاز له المطالبة أيّ وقت شاء، فليلحظ ذلك، كما أنّه يعطي وجود الخلاف،

---

(١) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٩.

(٢) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٤.

(٣) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠.

(٤) بل هو موجود، انظر المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٤١.

(٥) منهم العلّامة في المختلف: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٩، والطباطبائي في الرياض: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٨٢، والسيوري في التنقيح: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٨.

(٦) بل هو موجود، انظر المقنعة: في الضمانات والكفالات ... ص ٨١٥.

(٧) النهاية: في الكفالات والضمانات والحوالات ص ٣١٥.

(٨) السرائر: في الكفالات والضمانات ... ج ٢ ص ٧٠.

وكأنّه تعريض بما يظهر من الوسيلة والغنية.

ففي «الوسيلة» إنّما يصحّ الضمان بتعيين أجل المال[1] وعدّ في «الغنية» من شروط صحّته أن يكون إلى أجلٍ معلوم وعدّ شرطين آخرين وادّعى الإجماع[2]. وكلامهما ليس بنصّ في الخلاف، وتأويل السرائر جارٍ فيه، ويشهد له ما يظهر من موضعين من «التذكرة» من دعوى الإجماع كما سمعت، لكنّ المحقّق صرّح في «النافع[3]» بوجود الخلاف. وقد حكى ـ أي الخلاف ـ في «المسالك» عن الشيخ وأتباعه[4] وحكاه[5] بعضهم عن القاضي في «الكامل» ولعلّ كلامه كغيره.

نعم، الخلاف صريح فخر الإسلام في «الإيضاح[6] وشرح الإرشاد[7]» والمحقّق الثاني في «جامع المقاصد[8]» واستندا إلى أنّ الحلول زيادة في الحقّ ولهذا تختلف الأثمان به. قلت: ويحصل به الربا، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمّته، فيكون ضمان ما لم يجب. واستحسنه في «المختلف[9]».

وردّه الشهيد الثاني[10] ومن تأخّر[11] عنه بأنّ المضمون إنّما هو المال، لأنّ مدلول

---

(١) الوسيلة: في بيان الضمان ص ٢٨٠.

(٢) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

(٣) المختصر النافع: في الضمان ص ١٤٢.

(٤ و ١٠) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٤ و ١٨٥.

(٥) الحاكي هو الطباطبائي في رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٨٢.

(٦) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨١ ـ ٨٢.

(٧) شرح الإرشاد للنيلي: في الضمان ص ٥٦ السطر الأخير (من كتب مكتب المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٨) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٠.

(٩) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠ ـ ٤٧١.

(١١) منهم الطباطبائي في رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٨٢ و ٥٨٣، والفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع: في أقسام الحقّ المضمون ج ٣ ص ١٤٦ ـ ١٤٧، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٠.

ما في قولهم «ضمان ما لم يجب» هو المال، وأمّا الأجل فلا يتعلّق به الضمان وإن كان من توابع الحقّ وأوصافه، إلّا أنّ دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية، وهو حقّ للمديون، فإذا رضي الضامن بإسقاطه أو تعجيل الإيفاء فقد ضمن ما يجب وهو المال ورضي بإسقاط الوصف، ولا يرد أنّه غير واجب الأداء بسبب الأجل، لأنّه واجب في الجملة غايته أنّه موسّع سيّما مع رضا المضمون عنه.

قلت: مرادهما أنّه ضمان مال لم يجب أداؤه، لأنّ الضمان عندهما نقل المال على ما هو به، وقد قصدا بقولهما «أنّ الحلول زيادة في الحقّ» التوضيح.

فهذا القول لولا ما سيأتي قويّ جدّاً، ويعضده إجماع «الغنية» ويعضد هذا الإجماع أن لا مخالف قبل مدّعيه، وعبارة «المبسوط» الّتي ذكرناها[١] في القول الأوّل ليست بتلك المكانة من الظهور فيه. ولعلّ عبارة «المهذّب» مثلها.

وقد يحتجّ عليه بأنّ الضمان إرفاق وتسهيل على المضمون عنه وضمان المؤجّل حالّاً يقتضي تسويغ المطالبة للضامن، فيتسلّط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان، وبأنّ الفرع لا يكون أقوى من الأصل. ولعلّ ذلك هو الّذي جرّأ المتأخّرين على المخالفة أو التأمّل، لأنّه يجاب عن الأوّل أوّلاً بعدم جريانه في الضمان تبرّعاً. وثانياً بأنّه إن ضمن بسؤاله وتصريحه بالرجوع عليه حالّاً فهو الّذي أدخل الضرر على نفسه، وإلّا فليس له المطالبة بما أدّاه بل يشترط حلوله على المضمون عنه. وثالثاً بأنّا نمنع انحصار فائدة الضمان في الإرفاق، إذ لا دليل على ذلك من نصٍّ ولا إجماع، ويحتمل كون الفائدة فيه هو تفاوت الغرماء بحسن الاقتضاء. وبذلك يظهر ضعف الثاني مع أنّ الضمان كالقضاء على اعترافهم، فكما أنّه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجّلاً فكذا يجوز الضمان معجّلاً. هذا أقصى ما يوجّه به هذا القول. ولك أن تقول: إنّ عبارتي «الوسيلة والغنية» يجري فيهما تأويل السرائر، ولعلّه

---

(١) تقدّم كلامه في ص ٣٥٥.

ناظراً إليهما أيضاً. وقوله «حقّ اليقين» يجري مجرى الإجماع وزيادة، فيكون مدّعياً للإجماع، مضافاً إلى الإجماعين الظاهرين من «التذكرة» فينحصر الخلاف في الشارحَين. وما في «النافع» من وجود الخلاف فكأنّه مبنيّ على الظاهر، ولم يحكه في الشرائع، ولم يلتفت إلى حكايته من غيره من الفحول فإنّهم غالباً لا يرجعون إلى الأُصول بل يعوّلون على الفاضلين. وكيف كان فقد عرفت ما قضى به التتبّع.

ثمّ إنّ كلام بعض المانعين يقضي بشيء وتعليلهم يقضي بآخر خلافه، مع أنّهم لم يتّفقوا على كلمةٍ واحدة نصّاً وتعليلاً، فممّا اتّفقوا عليه نصّاً واختلفوا فيه تعليلاً ما إذا كان الدّين مؤجّلاً والضمان حالّاً فقد نصّوا واتّفقوا على منعه واختلفوا في تعليله، فالشارحان علّلا بما سمعت، والشيخ وأتباعه علّلوا بما عرفت. فتعليل الشارحَين يقضي بجواز الضمان حالّاً إذا كان الدّين حالّاً لوجوب الحقّ فكان ضمان ما يجب، وتعليل الشيخ يقضي بمنعه لعدم الارتفاق.

وأمّا الضمان تبرّعاً فعند الشارحين أنّه كغيره، وستعرف حقيقة الحال فيه، وعند الشيخ المعلّل بالإرفاق جائز مطلقاً، لانتفاء المانع من التسلّط على المضمون عنه.

وأمّا ما اختلف فيه النصّ والتعليل فهو كلام الشيخ وأتباعه، إذ قضية نصّ «النهاية والوسيلة والغنية» ـ وقد سمعت عباراتها ـ أنّه متى كان الضمان مؤجّلاً جاز سواء كان الدّين حالّاً أو مؤجّلاً، والأجل مساوٍ لأجل الضمان أو أزيد منه أو أنقص. وهو الّذي يعطيه إطلاق إجماع «الشرائع» قال: والضمان المؤجّل جائز إجماعاً[1]. وفي «شرح الإرشاد» لفخر الإسلام أنّ ضمان المؤجّل بمثل أجله يصحّ إجماعاً[2]. وفي «التنقيح[3] وإيضاح النافع» أنّ ضمان المؤجّل بأزيد من أجله يصحّ إجماعاً. وقضيّة تعليلهم بأنّ الضمان إرفاق فالإخلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن،

---

(١) شرائع الإسلام: في ضمان المال ج ٢ ص ١٠٨.

(٢) شرح الإرشاد للنيلي: في الضمان ص ٥٦ س ٢٩ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٣) التنقيح الرائع: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٨.

فيتسلّط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان، أنّه لا يجوز الضمان في الأجل المساوي والقاصر، وعند الشارحَين[١] يجوز في المساوي ولا يجوز في القاصر. فكأنّ محلّ النزاع في كلامهم غير محرّر.

وجاء المتأخّرون فنظر بعضهم كصاحب «التنقيح والمسالك» إلى التعليل فقال الأوّل: إن كان الأجل أنقص ففيه الخلاف[٢]. وقال الثاني: الحقّ أنّ الخلاف واقع فيما عدا الضمان المؤجّل للحالّ أو الزائد أجله عن أجل الأصل[٣]. وقضيّته أنّ المساوي أيضاً محلّ خلاف ويقضي أيضاً بأنّ ضمان الحالّ حالاً محلّ خلاف، وبكونه محلّ خلاف صرّح المقداد أيضاً، وهذا يوافق التعليل والنصّ. وقضية كلام «المسالك» أنّ التبرّع محلّ خلاف، لكنّ ظاهر «إيضاح النافع» أو صريحه الإجماع على أنّ ضمان المؤجّل حالاً والمؤجّل بدون أجله صحيح حيث قال: صحّ قطعاً، وقد حرّر في محلّه أنّ هذه الكلمة في كلام الفقيه تجري مجرى الإجماع، لكنّ كلام الشارحَين يقضي بعدم الصحّة في الضمان تبرّعاً في هاتين الصورتين كما أشرنا إليه آنفاً. ولعلّه لم يُفهم ذلك من فخر الإسلام والمحقّق الثاني معاصرٌ له.

ونظر بعضهم كالمحقّق وفخر الإسلام إلى نصّ عباراتهم فادّعيا ما سمعته من الإجماعين، ولو لا هذان الإجماعان لقلنا بأنّ التعليل يحكم على

---

(١) المراد من الشارحَين ـ على وجه التثنية ـ الفخر في الإيضاح وشرح الإرشاد والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، حيث إنّهما استندا في المنع وفاقاً للشيخ إلى أنّ الحلول زيادة في الحقّ ولهذا يختلف به الأثمان وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمّته فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصحّ عندنا، والأقوى عندي اختيار الشيخ الطوسي ﷺ، انتهى ما في الإيضاح: ج ٢ ص ٨١، ونحوه ما في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٣١٠ بعين العبارة واللفظ حاكياً له عن الفخر. ثمّ قال: وهو المختار، انتهى. ولا يخفى عليك أنّ لازم كلامهما هو المنع عن ضمان ما يكون زمان أدائه أقلّ من زمان الضمان وأنقص لأنّه حسب ما بيّناه زيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمّته فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصحّ. ولا شك أنّ هذا واضح الضعف، فراجع وتأمّل.

(٢) التنقيح الرائع: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٨ ـ ١٨٩.

(٣) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٦.

فيحلّ مع السؤال على إشكال.

النصّ ويخصّصه بما عدا المساوي والقاصر.

فقد تحصّل أنّه يجوز الضمان حالاًّ ومؤجّلاً عن حالٍّ ومؤجّلٍ تساوى المؤجّلان في الأجل أم تفاوتا بأن كان الأجل الثاني أزيد أو أنقص، فهذه صوَر ستّ، وعليها إمّا أن يكون الضمان تبرّعاً أو بسؤال المضمون عنه، فالصوَر اثنتا عشرة وكلّها جائزة على الأشبه بأُصول المذهب وعمومات الأدلّة، مضافاً إلى ما سمعته من الإجماعات وما قضى به تتبّع العبارات.

[في اعتبار سؤال المضمون عنه في تأجيل الحال وعدمه]

قوله: ﴿فيحلّ مع السؤال على إشكال﴾ هذا فرعٌ على صحّة ضمان المؤجّل حالاًّ، وإنّما يكون ذلك مع السؤال لا مع التبرّع. وتحرير المسألة أنّا إذا قلنا بجواز ضمان المؤجّل حالاًّ أو بأجلٍ دون الأجل الأوّل، فلو أذن المضمون عنه للضامن كذلك أو مطلقاً فهل يحلّ عليه فيما إذا ضمن حالاًّ وينقص الأجل فيما إذا كان دون الأجل الأوّل على تقدير الضمان كذلك أم يبقى عليه الأجل في الصورتين كما كان فلا يرجع عليه الضامن إلى حلوله وإن أدّى قبله؟ الأصحاب فيه على أنحاء.

أحدها: عدم الرجوع عليه إلّا بعد الأجل مطلقاً سواء صرّح بالإذن حالاًّ أو أطلق. وهو خيرة «المختلف[1] والمسالك[2] والروضة[3]» وظاهر «التحرير[4] ومجمع البرهان[5]» وهو الّذي استقرّ عليه رأيه في «التذكرة[6]» فإنّه قطع فيها بعدم الحلول مع

---

(١) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠.

(٢) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٧.

(٣) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٢. (٤) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩١.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام المضمون عنه ج ١٤ ص ٢٩٠.

الإطلاق، واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثمّ استقرب عدم الحلول. أمّا الأوّل فلأنّ الإذن في الضمان وإن كان حالاً إنّما يقتضي حلول ما في ذمّة الضامن ولا يدلّ على حلول ما في ذمّة المضمون عنه بإحدى الدلالات ولأصالة بقاء الأجل، ولأنّه لا يحلّ إلّا بإسقاطه أو اشتراطه في عقدٍ لازم وهو منتفٍ. وهذا إن لم يصرّح مع ذلك بالرجوع عليه حالاً، فلو صرّح بذلك رجع كذلك. ومنه يُعلم حال ما حقّقه في «جامع المقاصد» من أنّه إذا كان الإذن في قضاء المؤجّل في الحال موجباً لثبوت الرجوع كذلك قوي حلول المؤجّل بما ذكر[1]. لأنّا قد لا ندّعي الفرق، لأنّ الإذن في القضاء كالتصريح بالرجوع فليتأمّل. وأمّا الثاني فلأنّ الإطلاق إنّما اقتضى الإذن في الضمان وذلك لا يقتضي حلول الحقّ على المضمون عنه للأصل، ولأنّه لا يحلّ عليه إلّا بإسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم إلى آخر ما تقدّم.

ثانيها: أنّه يرجع عليه كما أدّى في الحالتين، أمّا مع التصريح بالإذن حالاً فلأنّ الضمان في حكم الأداء، ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دَينه معجّلاً فقضاه استحقّ مطالبته، ولأنّ الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن. وأمّا مع الإطلاق فلتناوله التعجيل فيكون مأذوناً ضمناً، لأنّه بعض ما يدلّ عليه اللفظ. وهو ظاهر «التنقيح[2]» بل صريحه، ولم أجد أحداً من الخاصّة والعامّة قال به غيره، لأنّ الناس في صورة الإطلاق بين قاطعٍ بعدم الرجوع ومستشكلٍ فيه كما عرفت وستعرف.

الثالث: التفصيل، فيرجع عليه حالاً مع التصريح لا مع الإطلاق، أمّا الأوّل فلما تقدّم في الوجه الثاني، وأمّا الثاني فلما تقدّم في الوجه الأوّل. وهو ظاهر «المفاتيح[3]».

الرابع: أنّه مع التصريح بالسؤال حالاً يرجع عليه كذلك، وأمّا مع الإطلاق فمحلّ

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١١.
(٢) التنقيح الرائع: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٨.
(٣) مفاتيح الشرائع: في أقسام الحقّ المضمون ج ٣ ص ١٤٦.

الثاني: الضامن، وشرطه: البلوغ، والرشد،

إشكال. وهو خيرة «الإيضاح[1]» لأنّه قطع بأنّ إشكال الكتاب إنّما هو مع الإطلاق لا مع التصريح، قال: لأنّه لا يقتضي الحلول على المضمون.

الخامس: ضدّه، وهو ما في «جامع المقاصد» من أنّه مع الإطلاق قد يقال: إنّه لا إشكال في عدم الحلول[2] وإنّ الإشكال إنّما هو مع التصريح. قلت: على هذا شواهد من كلامهم. وفي «المسالك[3]» أنّ الحقّ أنّ الإشكال واقع على التقديرين.

[في ما يعتبر في الضامن]

قوله: ﴿الثاني: الضامن، وشرطه: البلوغ، والرشد﴾ فلا يصحّ ضمان الصبيّ والمجنون إجماعاً كما في ظاهر «الغنية[4]» أو صريحها وصريح «المسالك[5]» لمكان الحجر عليهما ورفع القلم عنهما. ولا فرق في الصبي بين أن يكون مميزاً أم لا، أذن له الوليّ أم لا، لأن كانت عباراته مسلوبة الاعتبار فلا يؤثّر فيها إذن الوليّ.

ويصحّ الضمان عنهما بلا خلاف إلّا ما حكاه في «المختلف» عن الطبرسي من أنّ مَن لا يعقل كالصبيّ والمجنون والمغمى عليه لا يصحّ ضمانهم ولا الضمان عنهم[6]. والأصل والعمومات وفحوى ما دلّ على صحّته عن الميّت حجّة عليه.

ويدخل تحت اشتراط الرشد عدم صحّة ضمان المحجور عليه لسفه إذا لم يأذن

---

(١) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٢.
(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١١.
(٣) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٨.
(٤) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.
(٥) مسالك الأفهام: في الضامن ج ٤ ص ١٧٤.
(٦) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٨.

وجواز التصرّف، والملاءة حين الضمان، أو عِلم المستحقّ بالإعسار،

له الوليّ، وكذا المغمى عليه والسكران والنائم والمبرسم الّذي يهذي ويخلط في كلامه.

ويبقى الكلام في الساهي والغافل والهازي، وقد تخرج هذه من اشتراط جواز التصرّف، فليتأمّل، والأولى أن يأتي لها بعنوان آخر وهو القصد أو أن لا يكون مسلوب العبارة. ولعلّه يدخل فيه الأخرس الّذي لا تُفهم إشارته ولا يكتب.

وعدّ في «التحرير» من شروط الصحّة الاختيار، ثمّ قال: فلو ضمن مكرهاً لم يصحّ إجماعاً[١]. ولم أجد أحداً عدّ العدالة.

قوله: ﴿وجواز التصرّف﴾ هذا أيضاً من شروط الصحّة، وهذا يغني عمّا قبله لدخوله تحته، فلا يصحّ من السفيه بلا خلاف. ويأتي[٢] في كلام المصنّف التعرّض لحال ضمان المملوك والمفلّس والمريض والأخرس.

قوله: ﴿والملاءة حين الضمان، أو عِلم المستحقّ بالإعسار﴾ كما في «النهاية[٣] والوسيلة[٤] والغنية[٥] والسرائر[٦] والشرائع[٧] والنافع[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠] والإرشاد[١١] واللمعة[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤]

(١ و ١٠) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥١.

(٢) يأتي الكلام في ذلك كلّه في ص ٣٧٠ و ٣٧٧ و ٣٨١ و ٣٨٢.

(٣) النهاية: في الكفالات والضمانات والحوالات ص ٣١٤.

(٤) الوسيلة: في بيان الضمان ص ٢٨٠.

(٥) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

(٦) السرائر: في الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٧٥.

(٧) شرائع الإسلام: في ضامن المال ج ٢ ص ١٠٨.

(٨) المختصر النافع: في الضمان ص ١٤٢.

(٩) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٣.

(١١) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.

(١٢) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

(١٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٢.

(١٤) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٣.

والروضة[1] ومجمع البرهان[2] والمفاتيح[3] والرياض[4]» وفيه: أنّه لم يجد خلافاً فيه. وفي ظاهر «الغنية[5]» الإجماع على ذلك. ونسبه في «السرائر[6]» إلى أصحابنا. وقال في «الكفاية[7]»: قالوا. وفي «جامع المقاصد» أنّ ظاهرهم أنّ هذا الحكم موضع وفاق[8]، وأراد بـ«الحكم» أنّ للمضمون له الفسخ إذا لم يعلم بإعسار الضامن. وهذا الإجماع يتناول ما نحن فيه باللازم.

قلت: وفي موثّقة الحسن بن الجهم ما قد يظهر منه الدلالة على ذلك فإنّ فيها «قلت: ما تقول في الصبيّ لأُمّه أن تحلّل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه. قلت: فإن لم يكن لها؟ قال: فلا[9]». والشهرة تجبر السند والدلالة. والإجماع يعضده، على أنّ الموثّق في نفسه حجّة، مضافاً إلى الأصل وأنّ عقد الضمان مبنيّ على الارتفاق وأنّ المتبادر أنّ المقصود من الضمان استيفاء الحقّ من الضامن. وبه يشعر ظاهراً اشتراط رضا المضمون له في بعض النصوص[10]، وإنّما يكون ذلك إذا أمكن الأداء بيساره، فلا ينصرف إطلاق النصوص إلى غير المليّ وغير العالم بإعساره مع ما في عدم اعتباره من لزوم الضرر، وبه يجاب عن عموم الأمر بالوفاء بالعقود لو تمسّك به. نعم هذا العموم سالم عن المعارض إذا علم بإعساره لاندفاع الضرر بالإقدام عليه.

---

(١) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢١ ـ ١٢٢.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الضامن ج ٩ ص ٢٨٤.
(٣) مفاتيح الشرائع: في اشتراط أهلية الضامن للضمان ج ٣ ص ١٤٤.
(٤) رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٨٠.
(٥) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.
(٦) السرائر: في الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٧٤.
(٧) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٣.
(٨) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٢.
(٩) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب أحكام الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥٢.
(١٠) المصدر السابق: ب ٢ من أبواب أحكام الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٤٩.

وفي خبر عيسى بن عبدالله [١] دلالة على ذلك، قال: احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدَينٍ لهم، فقال لهم: لا مال عندي فأُعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني عمّي عليّ بن الحسين عليه‌السلام أو عبدالله بن جعفر. فقال الغرماء: عبدالله بن جعفر مليّ مطول وعليّ بن الحسين عليه‌السلام رجل لا مال له صدوق، وهو أحبّهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال: أضمن لكم المال إلى غلّة، ولم تكن له غلّة تجمّلاً، فقال القوم: قد رضينا، وضمنه، فلمّا أتت الغلّة أتاح الله له المال فأدّاه.

وقد يقال: إنّ مجرّد الملاءة مع حصول المطل كما تضمّنه هذا الخبر لا تفيد فائدة في ترتّب الأثر عليها. فلو جعل الشرط هنا رضا المضمون له بالضامن وقبوله له مليّاً كان أو غير مليّ لكان أظهر [٢]. فتدبّر. فينقدح من ذلك أنّ اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور كما يأتي بالضمان والضامن كافٍ عن هذا الشرط.

والمراد بالملاءة هنا أن يكون مالكاً لما يؤدّي به الدَين فاضلاً عن المستثنيات. وهذا الشرط شرط في اللزوم لا في الصحّة كما ستعرف.

ثمّ عد إلى عبارة الكتاب فقوله «حين الضمان» إمّا قيد في الجميع أو في الأخيرين ـ أعني جواز التصرّف والملاءة ـ أو في الأخير كما في «التحرير [٣]» والكلّ متّجه.

وخصّه في «جامع المقاصد» بالأخير، قال: لا يخفى أنّ الشروط السابقة إنّما تشترط حين الضمان وإنّما خصّ هذه ـ يعني الملاءة ـ بالتقييد لينبّه على أنّ طروّ الإعسار لا يثبت الفسخ، وإنّما كان هذا موضع توهّم ثبوت الفسخ دون غيره، لأنّ الضمان في معنى أداء الدَين، والمقصود الأصلي منه الارتفاق بنقل الدَين إلى ذمّة الضامن، وإنّما يكون كذلك إذا كان الأداء منه أيسر. فلا جرم إذا فات هذا المقصود الّذي إنّما بني الضمان عليه تخيّر المضمون له لفوات المقصود منه كما يتخيّر

---

(١) المصدر السابق: ب ٥ من أبواب أحكام الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥٢.
(٢) القائل هو البحراني في الحدائق الناضرة: في الضمان ج ٢١ ص ١٧.
(٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥١.

المشتري إذا ظهر في البيع عيب أو غبن حيث كان المقصود هو الصحّة والأخذ بالقيمة أو أدون، إذ البيع مبنيّ على المكايسة. وهذا بخلاف ما إذا باع مؤجّلاً فظهر الإعسار، إذ ليس مقصود البيع الأصلي بالنسبة إلى أداء الثمن كما في الضمان [1]، انتهى.

وهو جيّد جدّاً، وتشهد له عبارة «التحرير» حيث ذكر اشتراط الملاءة وحده وقيّده بوقت الضمان، غير أنّ توهّم ثبوت الفسخ بطروّ الإعسار يدفعه التصريح به بعده بلافاصلة حيث قال: ولا يشترط استمرار الملاءة. فلو تجدّد لم يكن له فسخ [2]. ثمّ إنّه بناءً على ما قال كان الواجب أن يقول «فلا يشترط استمرار الملاءة» بالفاء دون الواو. ثمّ إنّ هذا التنبيه جارٍ في جواز التصرّف، فلعلّه أُراد أن ينبّه أنّ طروّ الإعسار وطروّ الفلس لا يثبتان الفسخ، إذ التعليل الّذي ذكره جارٍ فيهما، فتأمّل.

وقد يكون القيد تصريحاً بالمراد والواقع وتوضيحاً لمكان جريانه في الجميع وهي فيه على وتيرةٍ واحدة، أو ردّاً على الشافعي [3] حيث قال بصحّة ضمان السكران، أو على أحمد [4] حيث قال بجواز ضمان الصبيّ المميّز، وهو كافٍ في ذلك، على أنّه قد خلت عن هذا القيد عبارات الأصحاب جميعها ما عدا عبارة «التحرير والروضة [5]» فلو كان يجدي نفعاً غير التوضيح والتصريح أو الردّ على الشافعي وأحمد لذكره المحقّقون المدقّقون كالمحقّق والشهيد وغيرهما، والغرض بيان الحال في هذا القيد وإلّا فالأمر سهل.

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٢.

(٢) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥١.

(٣) الحاوي الكبير: ج ٦ ص ٤٦١.

(٤) الشرح الكبير (بهامش المغني لابن قدامة): ج ٥ ص ٧٥.

(٥) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢١ ـ ١٢٢.

ولا يُشترط استمرار الملاءة، فلو تجدّد إعساره لم يكن له فسخ الضمان، أمّا لو لم يعلم كان له الفسخ.

قوله: ﴿ولا يُشترط استمرار الملاءه، فلو تجدّد إعساره لم يكن له فسخ الضمان﴾ طفحت به عباراتهم منطوقاً ومفهوماً لتحقّق الشرط حين الضمان والأصل بقاء الصحّة، فلا يقدح تخلّفه بعد ذلك كغيره من الشروط. وكما لا يقدح تجدّد إعساره المانع من الاستيفاء كذلك لا يقدح تعذّر الاستيفاء منه بوجهٍ آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان.

قوله: ﴿أمّا لو لم يعلم كان له الفسخ﴾ كما في «النهاية[1] والوسيلة[2] والسرائر[3]» وما تأخّر عنها[4]. ولذا قال في «جامع المقاصد»: ظاهرهم أنّ هذا الحكم موضع وفاق[5]. ونسبه في «السرائر» إلى أصحابنا[6] مؤذناً بدعوى الإجماع أيضاً. وقضية ذكره في «النهاية» أن يكون به خبر أو أخبار معتمدة وإلّا فما كان ابن إدريس ليحكم بذلك، مع أنّ قضية الأصل أن يكون فاسداً لفقد الشرط، وليس من قبيل ما إذا باع مؤجّلاً فبان الإعسار كما حكينا آنفاً[7] عن «جامع المقاصد» فالحظه فلم أرَ مَن حرّره قبله.

وهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان أجودهما الثاني كما عليه الشهيد

---

(١) النهاية: في الكفالات والضمانات والحوالات ص ٣١٥.

(٢) الوسيلة: في بيان الضمان ص ٢٨٠.

(٣) السرائر: في الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٧٥.

(٤) كما في الشرائع: في ضامن المال ج ٢ ص ١٠٨، والتحرير: ج ٢ ص ٥٥١، واللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٢.

(٦) السرائر: في الكفالات والضمانات والحوالات ج ٢ ص ٧٤.

(٧) تقدّم نقله في ص ٣٦٧.

ويصحّ ضمان الزوجة بدون إذن الزوج،

الثاني [١] وشيخنا صاحب «الرياض [٢]». وفي «التحرير» في الفورية إشكال [٣]. واحتمل في «مجمع البرهان» الفورية خصوصاً مع العلم بالمسألة [٤].

[في صحّة ضمان الزوجة والمملوك وعدمها]

قوله: ﴿ويصحّ ضمان الزوجة بدون إذن الزوج﴾ ولا يحتاج إلى إذن الزوج كما في سائر تصرّفاتها. وبه قال أكثر أهل العلم من العامّة والخاصّة. وقال مالك: لابدّ من إذن الزوج كما في «التذكرة [٥]». وقال في «المبسوط»: يصحّ ضمان المرأة كما يصحّ ضمان الرجل بلا خلاف [٦]، فأطلق ولم يفصّل. ولعلّ مستند مالك في ذلك ما قيل [٧] من أنّه قد يفضي إلى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس [٨]،

---

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الضمان وأحكامه ج ٤ ص ١٨٤.

(٢) رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٨١.

(٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥١.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٣٠٢.

(٦) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٣٦. (٧) كما في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٢.

(٨) قد يقال: إنّ مقتضى ماورد في الأخبار في عدم جواز تصرّفها في مالها بغير إذن زوجها كما في خبر جميل وعبدالله بن سنان (الوسائل: ب ٥ من أبواب النفقات ح ١ و٢ ج ١٥ ص ٢٢٩) الّذي هو بمعنى أن تصرّفها قد يوجب أذى زوجها وما ورد في الخبر مَن منعها عن الخروج بغير إذنه ونحو ذلك ممّا هو كثير، يدلّ على أنّه يجب على الزوجة أن لا تفعل في حياتها مع زوجها أمراً إلّا إذا كان راضياً به إلّا فيما يجب عليها ويحرم من الأحكام الشرعية فالاحتياط في رعاية إذن زوجها في ضمانها لازم والتحفّظ على رضاه به إلّا فيما أستثني واجب. هذا ولكن يمكن أن يقال: إنّ مقتضى الاستصحاب عدم جعل اشتراط الإذن.

ولو قلت: إنّه يعارض باستصحاب عدم جواز الضمان في حقّها بلا إذنه فانّه أيضاً حكم يحتاج إلى جعل من الشرع. قلنا: أوّلاً أنّه وإن يعارض به إلّا أنّ الأوّل سببي والثاني مسبّبي، وقد بينّ في محله تقدّم الأوّل على الثاني. وثانياً لو سلّمنا التعارض بينهما فيتساقطان فيرجع ←

وفي صحّة ضمان المملوك بدون إذن السيّد إشكالٌ، ينشأ من أنّه إثبات مالٍ في الذمّة بعقدٍ فأشبه النكاح،

وأُجيب بأنّ هذا ليس من لوازمه وإن كان قد يترتّب عليه بمطل ونحوه، ولو كان هذا مانعاً لمنعت من جميع المعاوضات لتطرّق المحذور إليها[١]. وأمّا ضمان الخالية من بعل فلا نعلم فيه خلافاً كما في «التذكرة[٢]».

قوله: ﴿**وفي صحّة ضمان المملوك بدون إذن السيّد إشكالٌ، ينشأ من أنّه إثبات مالٍ في الذمّة بعقدٍ فأشبه النكاح**﴾ هذا هو الوجه الأوّل من الإشكال، ومعناه أنّ العبد ممنوع من النكاح، لأنّه يتضمّن إثبات مال في ذمّته، وهذه العلّة قائمة في الضمان. وهذا أحد وجهي الشافعية[٣].

وفيه مع كونه قياساً باطلاً منع كون المانع من النكاح هو إثبات المال في الذمّة، بل المانع قبح التصرّف في مال الغير بغير إذنه، مع أنّه ينتقض (بمفهومه ـ خ) بمفوّضة البضع، فإنّ المنع من العقد ثابت مع انتفاء المال، وبما إذا بذله أجنبيّ. فالمانع هو ما أشرنا إليه[٤] من كونه لا يقدر على شيء، وتخصيصه بالمال كما في «المختلف[٥]»

← إلى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾. اللّهم إلّا أن يقال: شمول العموم المذكور إنّما يصحّ بعد تحقّق أركان العقد كما صرّح بذلك في جامع المقاصد على ما سيحكي عنه الشارح فيما يأتي في ص ٣٧٨، وأمّا قبله فلا وجود للعقد حتّى يشمله حكم الوفاء به.

(١) كما في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٣٠٣. (٣) المجموع: في الضمان ج ١٤ ص ١١.

(٤) ظاهر عبارة الشارح يعطي أنّه أشار إلى ما ذكر قبل صفحة أو صفحتين أو ثلاث، إلّا أنّ الأمر ليس كذلك، فإنّه لم يشر إلى ذلك في هذا الجزء وإنّما بحث عنه مفصّلاً في المطلب الثاني من الفصل الأوّل في الحيوان عند قول المصنّف: والعبد لا يملك مطلقاً على رأي. وهذا البحث تقدّم في ج ١٣ ص ٣٥٠ ـ ٣٦٩ حسب تجزئتنا، وكم للشارح في نحو هذه العبارات من نظير يوجب ترديد القارئ بل وإضلاله.

(٥) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٨.

وانتفاء الضرر على مولاه،

لادليل عليه، مضافاً إلى استشهادهم صلوات الله عليهم بالآية[١] في منعه في نحو الطلاق الّذي ليس بمال في كثير من النصوص[٢]، وأنّ ذمّته مملوكة للمولى فلا يملك إثبات شيء فيها بدون إذنه، وما ثبت قهراً من عوض إتلاف وجناية أو غصب لا يقدح، لأنّ ذلك مبنيّ على القهر بالنسبة إلى كلّ جانٍ لوقوعه بغير إذن مستحقّه، وليس ذلك بالالتزام. ومن ثمّ لزم ذلك الصبيّ والمجنون مع عدم صحّة ضمانهما إجماعاً. فالأصحّ عدم الصحّة كما في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والإرشاد[٥] والتحرير[٦] واللمعة[٧] وجامع المقاصد[٨] والروضة[٩] والمسالك[١٠]» وغيرها[١١].

قوله: ﴿وانتفاء الضرر على مولاه﴾ هذا هو الوجه الثاني من الإشكال، وهو وجه الصحّة. وهي خيرة «التذكرة[١٢] والمختلف[١٣]». وبيانه أن المانع هو تضرّر المولى بتعطّله عن خدمته وهو منتفٍ، لأنّ استحقاق المطالبة بما يستقرّ في ذمّته بعد العتق لاضرر فيه عليه كما لو استدان بغير إذن سيّده، مضافاً إلى الأصل وعمومات[١٤]

---

(١) النحل: ٧٥.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٤٣ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٢ ج ١٥ ص ٣٤١، والباب ٤٥ منها ح ١ ص ٣٤٣.

(٣) المبسوط: في حكم ضمان العبد ج ٢ ص ٣٣٦.

(٤) شرائع الإسلام: في ضمان المال ج ٢ ص ١٠٧.

(٥) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.

(٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٤٩ و ٥٥٠.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

(٨) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٢.

(٩) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١١٣.

(١٠) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٧٤.

(١١) كرياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٢.

(١٢) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٧.

(١٣) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٨.

(١٤) يوسف: ٧٢. وراجع الوسائل: ب ٢ من أبواب أحكام الضمان ج ١٣ ص ١٤٩.

فإن جوّزناه تبع به بعد العتق، ولو أذن له احتُمل تعلّقه بكسبه وبذمّته فيتبع به بعد العتق،

الضمان وعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] وقد عرفت أنّ المانع ليس هو التضرّر، وإنّما هو عدم قدرته على شيء، والأصل لا أصل له بعد قطع النظر عن العموم، بل مقتضاه الفساد ولا لعمومات الضمان بعد فقد اللفظ الدالّ عليها في اللغة والعرف، وما روي أنّ «الزعيم غارم»[2] فعاميّ، على أنّه يخرج بالأخير والإطلاق ينصرف إلى الغالب المتبادر، وليس منه ما نحن فيه. وعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا يتناول ما نهي عنها منها، لعدم استكمال أركانها حتّى يتحقّق وجود العقد، أو مخصوص بها، أو نقول: إنّه مخصوص بالحاضرين وجريانه فيمن عداهم بالإجماع المفقود في محلّ الفرض، لمكان النزاع بل ذهاب الأكثر إلى عدم الصحّة، بل قد نقول: إنّ ذهاب المشهور إلى عدم الصحّة قرينة على أنّه لا يسمّى عقداً في زمن النبيّ صلى الله عليه وآله.

قوله: ﴿فإن جوّزناه تبع به بعد العتق﴾ قطعاً كما في «جامع المقاصد» لأنّ كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرّف في مال مولاه[3].

قوله: ﴿ولو أذن له احتُمل تعلّقه بكسبه وبذمّته فيتبع به بعد العتق﴾ إذا ضمن بإذن سيّده صحّ ضمانه قولاً واحداً كما في «التذكرة[4]» وبلا خلاف كما في «المبسوط[5]» وإجماعاً قاله في المبسوط كما في «المختلف[6]».

---

(١) المائدة: ١. (٢) مسند أحمد بن حنبل: ج ٥ ص ٢٦٧.

(٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في بيان شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٩.

(٥) المبسوط: في حكم ضمان العبد ج ٢ ص ٣٣٥.

(٦) نسب الشارح إلى المختلف بأنّه نسب الإجماع في المسألة إلى المبسوط، ولكنّ عبارة المبسوط هكذا: يصحّ ضمان العبد بإذن مولاه إجماعاً. قال في المبسوط: وقيل: إنّه يتعلّق بكسبه، وقيل: إنّه يتعلّق بذمّته ... إلى آخر كلامه. فالإجماع المدّعى كما ترى إنّما هو دعوى المختلف: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٨ لا دعوى المبسوط، فراجع وتأمّل.

فإذا أذن له وأطلق ولم يشترط له الأداء من الكسب ولا الصبر إلى أن يعتق فهل يتعلّق بكسبه أو ذمّته؟ أقوال:

أحدها: أنّه يتعلّق بكسبه، وهذا لم أجد به قائلاً منّا، وإنّما حكي في «المبسوط [١] والمسالك [٢]» وجعله في «جامع المقاصد» احتمالاً [٣]. وقال في «التذكرة» إنّه أحد قولي الشافعية وأنّه الأظهر عندهم [٤]. ووجهه أنّ إطلاق الضمان إنّما يحمل على الضمان الّذي يستعقب الأداء فإنّه المعهود، والأداء من غير مال السيّد ممتنع، وكذا من ماله غير الكسب، وإلّا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف التقدير، فيكون في كسبه. قال في «جامع المقاصد»: هذا التوجيه إن تمّ اقتضى عدم القصر على الكسب، بل وجوب الأداء على السيّد، وهو قريب من قول ابن الجنيد، ولا يخلو من قرب [٥]. ونحو ذلك ما في «المسالك» وقال: لعلّه أقوى [٦]. وفي «الروضة» أنّه متّجه [٧]. قلت: فهو قولٌ آخر.

وقال في «المختلف»: هذا البحث يبنى على البحث في استدانة العبد بإذن مولاه، فإن قلنا إنّه لازم للمولى فكذا هنا، وإن قلنا إنّه لازم لذمّة العبد فكذا هنا، وكأنّ أبا عليّ نظر إلى ذلك، فإنّ الضمان نوع من الاستدانة في الحقيقة [٨]. ثمّ رجّح أنّه يتعلّق بذمّة العبد لأنّه ذهب إليه هناك. وأنت خبير بأنّ محلّ النزاع هناك إنّما هو فيما أذن له في الاستدانة لمصالح نفسه ـ أي العبد ـ ثمّ أعتقه، والمشهور المعروف هناك إلزام المولى، والمخالف جماعة قليلون منهم المصنّف في «المختلف [٩]» ظاهراً، وقلنا هناك: إنّ لزومه للعبد مخالف للقواعد الشرعية، فإنّ العبد المأذون وكيل أو كالوكيل على

---

(١) المبسوط: في حكم ضمان العبد ج ٢ ص ٣٣٥.

(٢ و٦) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٧٥ و١٧٦.

(٣ و٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في بيان شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٩.

(٧) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١١٤.

(٨ و٩) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٩.

اختلاف الرأيين، فاستدانته وضمانه بإذنه للمولى وعلى المولى (له وعليه خ ل).

الثاني: أنّه يتعلّق بذمّته فيتبع بـه بعد العتق. وهـو خيرة «الشرائع[1] والتذكرة[2] والإرشاد[3] والمختلف[4] واللمعة[5]» لأنّ إطلاق الضمان أعمّ من كلّ منهما، والعامّ لا يدلّ على الخاصّ، ولم يقع من المولى ما يدلّ على التزامه في ملكه، وكسبه ملكه، ولأنّ الإذن في الكلّي ليس إذناً في الجزئي المعيّن وإن كان لا يوجد إلّا في ضمنه. هكذا ذكروا في توجيهه، وهو لا يدلّ إلّا على عدم تعلّقه بمال المولى إلّا أن تقول: إنّه يدلّ على تعلّقه بذمّة العبد باللازم، لأنّ المفروض أنّ الضمان صحيح.

وقد يوجّه أيضاً بأنّه بالإذن زال عنه الحجر بالنسبة إلى الضمان فيصير كسائر الضمناء لقيام السبب به وإن كان رفع المانع من المولى. ولم يرجّح في «المبسوط[6] والإيضاح[7]».

الثالث: ما حكاه في «المختلف» عن أبي عليّ من أنّه إذا أذن له السيّد في الضمان أدّى المال، فإن كان معدماً بيع العبد وأدّى ثمنه في كفالته عن المعسر، وإن أعتق وأعسر المضمون عنه كان على السيّد ما يجب بحقّ الكفالة[8]. ولعلّه يعود إلى ما استوجهه الشهيد الثاني. وقد سمعت ما في «جامع المقاصد» من أنّه غيره وقريب منه، إلّا أن تقول: إنّ الفارق نصّه على بيع العبد مطلقاً مع أنّه لا يباع في الدَين.

الرابع: ما في «التحرير» من أنّه يتعلّق برقبته[9] كما في نسختين منه، ولعلّه أراد ذمّته، وهو على ظاهره قول لبعض الشافعية، وأنّه يباع في الضمان حكاه في «التذكرة[10]».

---

(١) شرائع الإسلام: في الضامن ج ٢ ص ١٠٧.

(٢ و ١٠) تذكرة الفقهاء: في بيان شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٩.

(٣) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١. (٤) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٩.

(٥) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤. (٦) المبسوط: في حكم ضمان العبد ج ٢ ص ٣٣٥.

(٧) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٣.

(٨) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٨ ـ ٤٦٩.

(٩) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٠.

أمّا لو شرطه في الضمان بإذن السيّد صحّ كما لو شرط الأداء من ماله بعينه.

قوله: ﴿أمّا لو شرطه في الضمان بإذن السيّد صحّ كما لو شرط الأداء من ماله بعينه﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤]» ومعناه أنّه لو قال السيّد لعبده اضمنه واقضه ممّا تكتسبه صحّ الضمان وتعلّق المال بكسبه. ووجهه أنّ كسبه مال مخصوص من أموال السيّد، فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مالٍ بعينه، فإن وفى كسبه بمال الضمان فقد تمّ للمضمون له حقّه، وإلّا ضاع عليه ما قصر. ويحتمل أن يكون المراد أنّه شرط الضمان في كسبه أو ذمّته كما صرّح به في «المبسوط[٥]» وبالأوّل صرّح في «التحرير[٦] والمسالك[٧]» واقتصر فيهما عليه. وفي «اللمعة» إلّا أن يشترط كونه من مال المولى[٨] فيلزم، وحينئذٍ فيدخل فيه ما إذا شرط كونه من كسبه، لأنّه من جملة مال المولى.

وكيف كان، يرد على الأوّل أنّه لو أعتق العبد قبل تجدّد شيء من الكسب، ففي «المسالك» أنّ الظاهر من كلامهم أنّه يبقى التعلّق[٩]، ولا يبطل الضمان لفوات المحلّ المعيّن لأداء المال، وعليه يشكل صحّة اشتراطه في كسبه حال عبوديّته، لأنّ السيّد لا حقّ له فيه، فلا مدخل لإذنه فيه، لأنّ مال العبد بعد العتق ليس من جملة أموال السيّد بل ولا يسمّى كسباً، فلا يكون كما لو شرط الأداء من مالٍ بعينه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء بل هو بالإذن يصير كالوكيل، واشتراطه في الكسب

(١ و٥) المبسوط: في حكم ضمان العبد ج ٢ ص ٣٣٥.
(٢) شرائع الاسلام: في ضمان المال ج ٢ ص ١٠٧.
(٣) تذكرة الفقهاء: في بيان شرائط الضامن ج ١٤ ص ٣٠٠.
(٤ و٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٠.
(٧ و٩) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٧٦.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

بمنزلة التعيين من الموكّل في مال مخصوص وقد فات فلا يتبع به. وإن أُطلق عليه الكسب بالمعنى الأعمّ.

وعساك تقول: إنّ عقد الضمان على كسبه بإذن المولى كعقد الإجارة على منفعته كذلك، فلو باعه حينئذٍ أو أعتقه بقيت منافعه مملوكة للمستأجر.

قلت: الضمان كالاستدانة وقد أطبقوا كما مرّ أنّه لو استدان لمصالح نفسه بإذنه ثمّ باعه لزم الدَين المولى، وكذا لو أعتقه على المشهور المعروف بينهم، والمخالف نادر. فكان فرق واضح بين الضمان والإجارة وإن دقّ فالأولى ردّ ما في «المسالك» ممّا استظهره من كلامهم من بقاء التعلّق. وهذا كلامهم بين أيدينا والسبر بيننا وبينه وإنّما نسب ذلك إلى القيل الّذي لا يعلم قائله، بل قولهم كما لو شرط الأداء من مالٍ بعينه يقضي بخلاف ما قال كما ستسمع.

وعلى الثاني أنّ ذمّة العبد مملوكة للسيّد، فكيف يثبت فيه مال باختيار العبد والسيّد ولا يكون المال على السيّد مع كون العبد لا يقدر على شيء ولا ينتقض بعوض الإتلاف، لأنّه مال قهري. فليس هو أيضاً كما لو شرط الأداء من مالٍ بعينه إلّا أن يقول: إنّه بالإذن صار كسائر الضمناء كما أشرنا إليه آنفاً.

ويتفرّع على الأوّل لو مات العبد قبل إمكان الأداء فهل يلزم المولى الأداء لما بقي؟ يحتمل اللزوم لأنّ إذنه له في الضمان في كسبه كإذنه له في الضمان في مال معيّن، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمّة صاحب المال ـ أعني الضامن ـ على الخلاف الآتي في المطلب الثاني [١]، والأقوى ذلك ـ أعني العود على الضامن ـ وأنّه يتعلّق به تعلّق الدَين بالرهن لا الأرش بالجاني، وإن قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال. ويحتمل ضعيفاً عدم لزومه للمولى وإن قلنا به ثمّة، لأنّ الكسب ليس كمحض مال السيّد بل حقّ له. ولهذا قيل [٢]: إنّه لو أعتق بقي متعلّقاً بكسب المعتق. فدلّ على أنّه لم يتعلّق بالمولى محضاً، وقد عرفت الحال في ذلك.

---

(١) سيأتي في ص ٤٣٨ وما بعدها. (٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٣.

والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحرّ وكذا المفلّس كالحرّ لكنّه لا يشارك. ولا يصحّ من الصبيّ وإن أذن له الوليّ.

[حكم ضمان السفيه والمفلّس]

قوله: ﴿والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحرّ﴾ الّذي جزم به في «التذكرة[1] والتحرير[2]» أنّه لا يصحّ ضمان المحجور عليه لسفه، لأنّه ممنوع من التصرّفات الماليّة، بل نفى بعضهم[3] الخلاف فيه. وقضيّة قوله هنا أنّه بعد الحجر كالمملوك أنّه يمكن القول بالصحّة ويتبع به بعد فكّ الحجر، وهو قول لبعض العامّة[4] وأنّه يمكن القول بالبطلان. والصحيح أنّه لا وجه للصحّة، لأنّ الضمان إمّا إقراض له فيه الرجوع أو تبرّع، وكلاهما يمنع منهما كما يمنع من القرض والهبة والبيع وسائر التصرّفات الماليّة. نعم لو أذن له الوليّ في الضمان فهو كما لو أذن له في البيع.

وقضيّة كلامهم في المقام أنّ الحجر لا يثبت عليه إلّا بحكم الحاكم، وقد تقدّم[5] أنّه المشهور وأنّه لم يعرف الخلاف فيه إلّا من الشهيد في «اللمعة[6]».

قوله: ﴿وكذا المفلّس كالحرّ لكنّه لا يشارك﴾ أي لا يشارك المضمون له الغرماء، فاسم «لكنّ» وضمير «يشارك» بالبناء للفاعل راجعان إلى المضمون له الّذي دلّ عليه المقام، فكأنّه قال: المفلّس كالحرّ يصحّ ضمانه إذا رضي المضمون له لكنّه لا يشارك الغرماء كما يأتي له في قوله «فإن اختلفا». نعم قوله «كذا» مستدرك لا يكاد يتّجه له وجه. والحكم ممّا لا ريب فيه، إذ الحجر عليه إنّما هو في ماله لا في ذمّته.

قوله: ﴿ولا يصحّ من الصبيّ وإن أذن له الوليّ﴾ قد تقدّم[7] الكلام فيه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٦. (٢) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٠.

(٣) كصاحب رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٢.

(٤) المغني لابن قدامة: في ضمان المحجور عليه والصبيّ والمكاتب ج ٥ ص ٧٨.

(٥) تقدّم في ص ١٣١ ـ ١٣٧. (٦) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٢.

(٧) تقدّم في ص ٣٦٣ ـ ٣٦٧.

فإن اختلفا قُدّم قول الضامن لأصالة براءة الذمّة وعدم البلوغ. وليس لمدّعي الأهلية أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه،

[حكم اختلاف الضامن والمضمون له في الضمان]

قوله: ﴿فإن اختلفا قُدّم قول الضامن لأصالة براءة الذمّة وعدم البلوغ. وليس لمدّعي الأهليةأصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه﴾ أي فإن اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان من الضامن حال الصبا أو حال الكمال قُدّم قول الضامن في أنّه كان صبيّاً وقت الضمان، لأنّ الأصل براءة الذمّة وكذا الأصل عدم البلوغ، وليس لمدّعي أهلية الضمان حين وقوعه ـ وهو المضمون له ـ أصل يستند إليه ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضاً للأصلين كما نبّه على ذلك كلّه في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» ونحوه ما في «المبسوط[3] والتحرير[4]» وحكى الشهيد[5] عن القطب أنّه قال للمصنّف: إنّ معه أصل صحّة العقد. فقال: يعارضه أصالة الصبا، فيبقى أصالة البراءة سليماً عن المعارض فكأنّه لا أصل، انتهى فليتأمّل فيه.

وقال في «جامع المقاصد»: فإن قيل: للمضمون له أصالة الصحّة في العقود وظاهر حال البالغ أنّه لا يتصرّف باطلاً، قلنا: الأصل في العقود الصحّة بعد استكمال أركانها ليتحقّق وجود العقد، أمّا قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحرّ أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد، وكذا الظاهر إنّما يثبت مع الاستكمال

---

(١) تذكرة الفقهاء: في بيان شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٤.

(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٥.

(٣) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٣٦.

(٤) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٤٩.

(٥) لم نعثر على كتاب للشهيد ينقل ما نقله الشارح عنه عن القطب ولا على ناقل عنه لذلك. نعم نسب في جامع المقاصد التمسّك بأصالة صحّة العقود إلى الشهيد نفسه، فراجع جامع المقاصد: ج ٥ ص ٣١٦.

المذكور لا مطلقاً[١]، انتهى، وهو جيّد جدّاً وفيه دقّة، لكن ينبغي فيما إذا اختلفا في كون المعقود عليه الحرّ أن يقيّد فيما إذا كان باعه بظنّه أنّه العبد أو نحو ذلك، وإلّا فعلى إطلاقه لا يتّجه.

والحاصل:أنّه يقدّم مدّعي الفساد في أركان العقد حيث يكون أصل يستند إليه أو ظاهر يعوّل عليه. وقد صرّح بذلك في باب الإجارة[٢] وغيرها[٣]. لكنّه في باب البيع فيما لو قال بعتك وأنا صبيّ قال: إنّ احتمال تقديم قول البائع ـ يعني مدّعي الصبا ـ في غاية الضعف، لأنّ أصالة البقاء مندفعة بالإقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعاً، فإنّ صحّته تقتضي عدم بقاء الصبوة، فلا يعدّ معارضاً، كما لا يعدّ احتمال الفساد معارضاً لأصالة الصحّة في مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع، ثمّ قال: فإن قلت: أصلان قد تعارضا للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقاً، قلت: قد انقطع بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح ... إلى آخر ما قال[٤]. وقد أطنب في ترجيح ذلك وأطال. ومثل ذلك قال في باب الرهن[٥] فيما إذا قال الراهن: أذنت لي في البيع فبعت قبل رجوعك عن الإذن، وقال المرتهن: إنّما بعت بعد الرجوع، وقد بيّنّا الحال في ذلك هناك[٦] ونقضناه عليه في المقامين.

هذا،ولو انعكس الأمر كأن قال المضمون له ضمنت وأنت صبيّ وادّعى الضامن البلوغ قُدّم قول مدّعي الصحّة.

وهذا كلّه إذا لم يحصل العلم بصدق أحدهما كما إذا عيّنا للضمان وقتاً يعلم

---

(١) جامع المقاصد:في الضمان ج ٥ص ٣١٥. (٢) المصدر السابق:في الإجارة ج ٧ص٣٠٨.

(٣ و٥) المصدر السابق: في الرهن ج ٥ ص ١٦٠ و١٦٢.

(٤) جامع المقاصد: في اختلاف المتعاقدين ج ٤ ص ٤٥١ ـ ٤٥٢.

(٦) تقدّم نقل كلامه وذكر الإيرادات الكثيرة على كلامه في ج ١٥ ص ٦٥٨ ـ ٦٦٤ ولا يخفى أنّ ما أشار إليه الشارح من فرض كلامه ليس في كلام جامع المقاصد كما يترائى من كلامه وإنّما هو في كلام التذكرة حكاه تفصيلاً عن بعض العامّة، فراجع جامع المقاصد: ج ٥ ص ١٦٢ ومفتاح الكرامة: ج ١٥ ص ٦٦٣.

بخلاف ما لو ادّعى شرطاًفاسداً، لأنّ الظاهر أنّهما لايتصرّفان باطلاً. وكذا البحث فيمن عُرف له حالة جنون، أمّا غيره فلا.

الحال فيه. ولوحصل الاختلاف في وقوع العقد يوم الجمعة وكان فيه كاملاً وفي يوم الخميس قبله وكان باتّفاقهما فيه صبيّاً فالعقد حادث والأصل تأخّره عن يوم الخميس، فيقضي بوقوعه يوم الجمعة، ودخول يوم الجمعة حادث والأصل تأخّره عن العقد فيقضي بوقوعه يوم الخميس فتساقطا، وأصل البراءة يعضد الأصل الثاني، وأصل صحّة العقد وظاهر حال المسلم البالغ يعضدان الأوّل، لكنّه يجري فيهما ما تقدّم، فتأمّل.

قوله: ﴿بخلاف ما لو ادّعى شرطاً فاسداً، لأنّ الظاهر أنّهما لايتصرّفان باطلاً﴾ لأنّ الأصل في العقد الصحّة مع اعتضاده بالظاهر.

قوله: ﴿وكذا البحث فيمن عُرف له حالة جنون، أمّا غيره فلا﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2]» ومعناه أنّه لو ادّعى من يعتوره الجنون أنّه ضمن حال جنونه وادّعى المضمون له أنّ ضمانه في حال إفاقته فإنّ القول قول الضامن لما تقدّم[3].

أمّا لو لم يعلم منه جنون سابق فادّعى أنّه حال الضمان كان مجنوناً فإنّه لاتسمع دعواه، وله إحلاف المضمون له إن ادّعى علمه بالجنون. وكذلك لو ادّعى أنّه كان ساهياً أو غافلاً أو مكرهاً إلّا أن تعلم له هذه الحالات في الغالب أو كثير من حالاته. وهذه وإن رجعت بالأخرة إلى شرائط الأركان لكنّها لا يعتدّ بها ما لم تعرف من حاله في كثير من أحواله، فما لم تعرف من حاله يكون حالها حال الشروط الخارجة. وفي «المبسوط» أنّه إذا لم يعرف له حال جنون وادّعى أنّه كان مجنوناً أنّ القول

---

(١) تذكرة الفقهاء: في بيان شرائط الضامن ج ١٤ ص ٢٩٥.

(٢) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٤٩ ـ ٥٥٠.

(٣) وهو ما تقدّم من المصنّف والشارح وما حكي عن جامع المقاصد من الأدلّة الدالّة على تقدّم قول الضامن في ص ٣٧٨.

والمكاتب كالعبد، والمريض يمضى من الثلث،

قوله، لأنّ الأصل براءة الذمّة[١]. والمصنّف في باب الخلع قال: ولو ادّعت وقوعه حال جنونه وادّعى وقوعه حال إفاقته وبالعكس فالأقرب تقديم قول مدّعي الصحّة[٢]. وفيه: أنّ الأصل عدم الوقوع وبقاء النكاح والبراءة من العوض، مضافاً إلى ما مرّ[٣].

[حكم ضمان المكاتب والمريض]

قوله: ﴿والمكاتب كالعبد﴾ كما في «المبسوط[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦]» وتحرير المقام أن يقال: المكاتب المشروط وأمّ الولد والمدبّر كالقنّ في الضمان لا يصحّ ضمانه إلّا بإذن سيّده، لأنّهم محجور عليهم في تصرّفاتهم. أو يقال: إنّه يصحّ ويتبع به بعد العتق على الخلاف الّذي سبق. ولو ضمن بإذن سيّده صحّ، لأنّ الحقّ للمكاتب أو للسيّد لا يعدوهما، وقد اتّفقا على الضمان، ويكون في ذمّته أو في كسبه. وقال في «التذكرة[٧]»: الوجه عندي الصحّة إن استعقب ضمانه الرجوع كما لو أذن له المضمون عنه في الضمان وكان الضمان مصلحة لا مفسدة كما لو كان المضمون عنه معسراً فإنّه لا يصحّ.

وأمّا المكاتب المطلق فليس للسيّد منعه من الضمان مطلقاً كيف شاء لانقطاع تصرّفات المولى عنه. ولو كان بعضه حرّاً وبعضه رقّاً ولا مهاياة بينه وبين السيّد لم يكن لـه الضمان إلّا بإذنه. وكذا لو كـان بينهما مهاياة وضمن في أيّام السيّد. ولو ضمن في أيّام نفسه فالأقرب الجواز كما في «التذكرة[٨]».

قوله: ﴿والمريض يمضى من الثلث﴾ إذا كـان مرض الموت عند قوم،

(١ و٤) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٣٦.

(٢) قواعد الأحكام: في الخلع ج ٣ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

(٣) تقدّم ما مرّ في ص٣٧٨.

(٥ و٧ و٨) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٣٠١ و٣٠٢.

(٦) تحرير الأحكام: في الضامن ج ٢ ص ٥٥٠.

والأخرس إن عُرفت إشارته صحّ ضمانه، وإلّا فلا.

الثالث: المضمون عنه، وهو الأصيل، ولا يُعتبر رضاه في صحّة الضمان لأنّه كالأداء،

ومن الأصل عند آخرين كما تقدّم بيانه مسبقاً[1].

[في عدم اعتبار رضا المضمون عنه في الضمان]

قوله: ﴿الثالث: المضمون عنه، وهو الأصيل، ولا يُعتبر رضاه في صحّة الضمان لأنّه كالأداء﴾ إجماعاً كما في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4] والمفاتيح[5]». وفي «الرياض» بلا خلاف أجده حتّى من القائلين بعدم الصحّة مع الإنكار، فإنّ قولهم بذلك غير مبنيّ على اعتبار رضاه ابتداءً، بل على جعلهم الإنكار مانعاً[6]، انتهى، وهو كلام غير منقّح ولا محرّر كما ستعرف.

ويدلّ عليه بعد الإجماع العمومات وظواهر الآيات المعتبرة الّتي اكتفي فيه في شرائط الصحّة والحكم باللزوم بمجرّد رضا المشروط له ـ أعني المضمون له ـ كما ستسمعها[7] في الكلام على رضاه، والنبويّ[8] الدالّ على ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما في ذمّة الميّت ليصلّي عليه النبيّ صلى الله عليه وآله، مضافاً إلى الإجماع المحكيّ في «التذكرة[9]»

---

(١) تقدّم في ص ١٩١ ـ ٢٠٥.

(٢ و ٩) تذكرة الفقهاء: في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٤.

(٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٧.

(٤) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨١.

(٥) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.

(٦) رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٧.

(٧) يأتي في ص ٣٩٠ ـ ٣٩٥.

(٨) سنن الدار قطني: ح ٢٩٢ و ٢٩٣ ج ٣ ص ٧٨ و ٧٩.

فيصحّ ضمان المتبرّع، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي.

وغيرها[1] على صحّة الضمان عن الميّت، ومن المعلوم أنّه لا يتصوّر رضاه وما ذكره المصنّف بقوله «لأنّه كالأداء» إذ المراد أنّ الضمان كأداء الدين ولمّا لم يعتبر رضاالمديون لم يعتبر في الضمان رضاه أيضاً.

[في صحّة ضمان المتبرّع به]

قوله: ﴿فيصحّ ضمان المتبرّع، ولو أنكربعد الضمان لم يبطل على رأي﴾ موافق «للسرائر[2] والشرائع[3] والنافع[4] وكشف الرموز[5] والتذكرة[6] والمختلف[7] والإيضاح[8] والتنقيح[9] وجامع المقاصد[10] والمسالك[11]» وغيرها[12]. وهو الّذي حكاه[13] المصنّف عن والده. وقدنُسب[14] الخلاف إلى الشيخين في «المقنعة والنهاية» والقاضي وابن حمزة. قال في «النهاية»: ومتى تبرّع الضامن من غير مسألة المضمون

---

(١) كما في مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان مفتاح ١٠٢٦ ج ٣ ص ١٤٣.
(٢) السرائر: في الكفالات والضمانات ... ج ٢ ص ٧٢.
(٣) شرائع الإسلام: في الضامن ج ٢ ص ١٠٨.
(٤) المختصر النافع: في الضمان ص ١٤٢.
(٥) كشف الرموز: في الضمان ج ١ ص ٥٥٧.
(٦) تذكرة الفقهاء: في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٧.
(٧ و١٣) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٨.
(٨) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٣.
(٩) التنقيح الرائع: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٥.
(١٠) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٧.
(١١) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٢.
(١٢) كرياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٨.
(١٤) الناسب هو الطباطبائي في رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٨.

عنه ذلك وقبل المضمون له فقد بريء المضمون عنه إلّا أن ينكر ذلك ويأباه فيبطل ضمان المتبرّع، فيكون الحقّ على أصله لم ينتقل عنه بالضمان[١]، انتهى. فظاهر المحقّق في «الشرائع[٢]» والمصنّف في الكتاب و«التذكرة[٣]» أنّهما فهما من هؤلاء الجماعة أنّ مجرّد الإنكار مانع عندهم. وبه فسّر في «المسالك» عبارة الشرائع قال: أي أنكر المضمون عنه الضمان فإنّه لا أثر لإنكاره، فإنّه إذا لم يعتبر رضاه ابتداءً لا عبرة بإنكاره بعده[٤]. وهو الّذي فهمه شيخنا صاحب «الرياض» فقال ما سمعته آنفاً[٥].

والّذي فهمه ابن إدريس[٦] وكاشف الرموز[٧] والمصنّف في «التحرير[٨] والمختلف[٩]» وأبو العبّاس[١٠] والمقداد[١١] والقطيفي وفخر الإسلام[١٢] في بعض تحقيقاته والمحقّق الثاني[١٣] أنّ المراد بالإنكار في كلام الجماعة عدم الرضا بالضمان، وقد يكون المحقّق والمصنّف في الكتابين فهما ذلك لمكان التفريع. وهو الّذي أفصحت به عبارة «الوسيلة[١٤]» حيث عبّر بالإباء ولم يعبّر بالإنكار. وإليه أشار في «النهاية» بقوله

(١) النهاية: في الكفالات والضمانات ... ص ٣١٤.
(٢) شرائع الإسلام: في الضامن ج ٢ ص ١٠٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٧.
(٤) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٢.
(٥) تقدّم في ص ٣٨٢.
(٦) السرائر: في الكفالات والضمانات ... ج ٢ ص ٧٠.
(٧) كشف الرموز: في الضمان ج ١ ص ٥٥٧.
(٨) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٧.
(٩) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٨.
(١٠) المهذّب البارع: في الضمان ج ٢ ص ٥٢٤.
(١١) التنقيح الرائع: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٥.
(١٢) لم نظفر على هذا البعض من تحقيقات الفخر ولا على مَن ينقله عنه في شيءٍ من الكتب المعمولة لدينا.
(١٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٧.
(١٤) الوسيلة: في بيان الضمان ص ٢٨٠.

«ويأباه». وعلى هذا فالمسألة ـ أعني مسألة عدم اعتبار الرضا ـ خلافية كما في «كشف الرموز[1] والتنقيح[2]» فلا معنى لنفي الخلاف فيها. وأمّا دعوى الإجماع فممكنة مع وجود الخلاف، لأنّ المدار على القطع.

ووجه فهمهم الخلاف من كلام الشيخين أنّهما جعلا عدم الرضا مانعاً، فيكون وجوده شرطاً كعدم الطهارة بالنسبة إلى الصلاة، فالمشكوك فيه يلحق بالعدم كما حرّر في محلّه[3]. فيصير حاصل عبارة «النهاية»: فقد برئ المضمون عنه إذا رضي وإلّا لم يبرأ، سواء علم عدم رضاه أم لم يعلم.

وكيف كان، فقد رموه[4] على التقديرين بالضعف، لعدم المقتضي للبطلان، والحقّ أنّ الشيخين ومَن وافقهما قد استندوا إلى رواية أشار إليها في السرائر، قال في «السرائر»: فأمّا رضا المضمون عنه فليس من شرط صحّة انعقاده بل من شرط استقراره ولزومه، لأنّ المضمون عنه إذا لم يرض بالضمان لم يصحّ على ما رواه[5] وأورده بعض أصحابنا. والصحيح أنّه يستقرّ ويلزم، لأنّ الضمان نقل المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن بلا خلاف بينهم ... إلى آخر ما قال[6].

وعلى هذا يكون الخلاف في اللزوم لا في الصحّة. فيكون كالفضولي وسهل الخطب في دعوى الإجماع ونفي الخلاف في الجملة، وهو خلاف الظاهر، ولا يكون

---

(١) كشف الرموز: في أحكام الضمان ج ١ ص ٥٥٧.

(٢) التنقيح الرائع: في ضمان المال ج ٢ ص ١٨٥.

(٣) تقدّم في ج ١ ص ٢٠ ـ ٢٧ وج ٢ ص ٥٦٢ وقد ذكرنا في ج ١ هامش ص ٢٠ ما يفيدك هنا فراجع، وقد ذكروا ذلك في مواضع من الفقه، منها الصلاة في جلد ما يشك في أنّه ممّا لا يؤكل، في بحث أصالة عدم التذكية.

(٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٧، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٢، والطباطبائي في رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٨.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الضمان ج ١٣ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٦) السرائر: في الكفالات والضمانات ... ج ٢ ص ٦٩ ـ ٧٠.

ويصحّ الضمان عن الميّت وإن كان مفلّساً.

كلام قدمائنا بتلك المكانة من الضعف، ولا معنى لقوله في «المسالك»: إنّه ضعيف جدّاً، بل يكون قويّاً جدّاً، لمكان الرواية المرسلة المعمول بها عند هؤلاء الأجلّاء، وإنّما ردّها ابن إدريس على أصله. ومخالفة المحقّق والمصنّف وأتباعهم لهم غير قادحة، لأنّهم لم يحرّروا كلامهم ولم يقفوا على دليلهم ومرادهم إلّا أن تحمل عبارة الكتاب والشرائع على ما احتملناه فيهما آنفاً، وذلك كأنّه بعيد عن عبارة «التذكرة[1]» لأنّه ذكره في تذنيب على حدة من دون تفريع، وإن جريت بها على ذلك انحصر عدم الفهم في «المسالك والرياض» لأنّهما لا يجري فيهما هذا التأويل وليس هذا منّا موافقة لهم وإنّما هو بيان الحال وأنّ كلامهم ليس بتلك المكانة من الضعف والاختلال.

[في صحّة الضمان عن الميّت وعدمها]

قوله: ﴿ويصحّ الضمان عن الميّت وإن كان مفلّساً﴾ عند علمائنا أجمع كما في «التذكرة[2]» وبه طفحت عبارات أصحابنا «كالخلاف[3] والمبسوط[4] والغنية[5]» وغيرها ممّا تأخّر عنها[6]. وبه قال الشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمّد والمخالف أبو حنيفة وسفيان كما في «الخلاف[7]» قالا: لا يصحّ الضمان عن الميّت إذا لم يخلف وفاءً، لأنّ الموت مع عدم المطالبة يسقط الوفاء بالحقّ، وبطلانه ظاهر،

(١ و٢) تذكرة الفقهاء: في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٦ و٣٠٥.

(٣ و٧) الخلاف: في الضمان ج ٣ ص ٣٢٠ مسألة ١٤.

(٤) المبسوط: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٣٣٥.

(٥) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٢.

(٦) كجامع الشرائع: في الضمان والكفالة والحوالة ص ٣٠٢، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٧، والكاشاني في مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.

ولا يشترط معرفة المضمون عنه. نعم لابدّ من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه.

إذ لا يسقط بذلك ما في الذمّة ثمّ إنّ الأخبار من طرق الخاصّة والعامّة تخالف ما قالا، وستسمعها[1] إن شاء الله تعالى.

[في اشتراط معرفة المضمون عنه وعدمه]

قوله: ﴿ولا يشترط معرفة المضمون عنه. نعم، لابدّ من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه﴾ أمّا عدم اشتراط معرفته بالوصف والنسب فهو خيرة «الخلاف[2] والغنية[3] والشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والمختلف[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11] والكفاية[12] والمفاتيح[13]». وفي «التذكرة» لا يشترط معرفة المضمون عنه، فلو ضمن

---

(١) ستأتي الإشارة إلى الأخبار في ص ٣٨٩ ـ ٣٩٥.

(٢) الخلاف: في الضمان ج ٣ ص ٣١٣ مسألة ١.

(٣) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١.

(٤) شرائع الإسلام: في الضامن ج ٢ ص ١٠٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٦.

(٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٧.

(٧) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٧.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

(٩) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٨.

(١٠) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٧٩.

(١١) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١١٨.

(١٢) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٣.

(١٣) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.

الضامن عمّن لا يعرفه صحّ ضمانه عند علمائنا[١].

لكنّ هؤلاء اختلفوا، ففي «الشرائع[٢] والتحرير[٣] والمختلف[٤] واللمعة[٥]» كالكتاب أنّه لابدّ من معرفة المضمون عنه بوصف يميّزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه. وفي «التذكرة» أنّ الأقرب أنّه لايشترط ذلك[٦]. وهو خيرة «الروضة[٧] والمسالك[٨] والمفاتيح[٩] والكفاية[١٠]» وظاهر إطلاق الباقين، وكأنّه مال إليه في «جامع المقاصد» لكنّه حكى عن التذكرة ما يُفهم منه التناقض بين كلاميها، لأنّه حكى عنها أوّلاً أنّه لايشترط معرفته بما يميّزه، ثمّ حكى عنها أنّه قال: نعم لابدّ من معرفة المضمون عنه بوصفٍ يميّزه عند الضامن بما يمكن معه القصد إلى الضمان عنه[١١] وسكت، مع أنّ الموجود في «التذكرة» بعد ذلك التقييد بما لو لم يقصد الضمان عن أيٍّ مَن كان[١٢]. وبه يرتفع التنافي.

وما حكي في «المسالك[١٣] والكفاية[١٤]» عن المختلف من أنّه اشترط فيه العلم بالمضمون عنه لعلّه لم يصادف محلّه، وكأنّهما إنّما لحظا أوّل كلامه وقد قال في آخر كلامه «إنّه لايشترط علمه بنسبه وحاله» فإنّه يعني الميّت الّذي صلّى عليه النبيّ صلى الله عليه وآله بعد ضمان أميرالمؤمنين عليه السلام معيّن بشخصه وحضوره عنده، وهو معنى

(١ و٦ و١٢) تذكرة الفقهاء: في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٦ و٣٠٥.
(٢) شرائع الإسلام: في الضامن ج ٢ ص ١٠٨.
(٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٧.
(٤) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٧.
(٥) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.
(٧) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١١٨.
(٨ و١٣) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٠.
(٩) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.
(١٠ و١٤) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٣.
(١١) جامع المقاصد: في الضمان عنه ج ٥ ص ٣١٨.

ما في الكتاب، والأصل عدم معرفته بنسبه وحاله، فتأمّل.

والمخالف الشيخ في «المبسوط[١]» والمقداد في «التنقيح[٢]» حيث ذهبا إلى أنّ من شرطه معرفته ـ أي المضمون عنه ـ وقال في «المبسوط»: إنّه الأظهر. ووجهه بأنّه لينظر هل يستحقّ ذلك عليه أم لا؟ ومعناه هل هو ممّا يستحقّ عليه المال أو ليس ممّا يستحقّ عليه شيء؟ وهذا قد يكون المراد به معرفته بنسبه وحاله، وقد لايكون مخالفاً، فيرجع بالأخرة إلى ما في الكتاب. وقد استدلّ عليه في «التنقيح» بوجهٍ للشافعي غير صحيح وهو أنّه إحسان، ولابدّ من معرفة محلّه، وإلّا لجاز وضعه في غير أهله، فلا يستفيد إلّا محمدة اللئام[٣].

وكيف كان، فحجّة المشهور على عدم اشتراط المعرفة بالوصف والنسب عموم قوله جلّ شأنه[٤] ﴿أوفوا بالعقود﴾ المتأيّد بالأصل وبإطلاقات أخبار الباب[٥]، وما رواه أبو سعيد الخدري[٦] في ضمان أميرالمؤمنين عليه السلام الدرهمين عن الميّت الّذي امتنع رسول الله صلى الله عليه وآله من الصلاة عليه، وما رواه جابر[٧] في ضمان أبي قتادة الدينارين عن الميّت كذلك، وهما يدلّان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله، حيث لم يسأل صلى الله عليه وآله أميرالمؤمنين عليه السلام ولا أبا قتادة عن الميّت ولا صاحب الدّين، قلت: وقد يكون ذلك لعلمهما بهما لكنّ الأصل ينفيه، وبأنّ الضمان وفاء دَين عنه وهو جائز عن كلّ مديون، وبأنّه لا يشترط رضاه فلا يشترط معرفته.

واحتجّ القائلون منهم[٨] باشتراط امتياز المضمون عنه ليصحّ معه القصد إلى

---

(١) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٣.

(٢ و٣) التنقيح الرائع: في الضمان ج ٢ ص ١٨٥ و١٨٦.

(٤) المائدة: ١.

(٥ و٦ و٧) وسائل الشيعة: ب ٢ و٣ من أبواب الضمان ح ٢ و٣ ج ١٣ ص ١٤٩ و١٥١.

(٨) كالعلّامة في تذكرة الفقهاء: في المضمون عنه ج ١٤ ص ٣٠٦، والشهيد الثاني في المسالك: في شرائط الضمان وأحكامه ج ٤ ص ١٨٠.

الرابع: المضمون له، وهو مستحقّ الدَين، ولا يشترط عِلمه عند الضامن، بل رضاه،

الضمان عنه بأنّ الضمان يتوقّف على العقد وهو متعلّق بالمضمون عنه والحقّ فلابدّ من تمييزه بوجهٍ تزول عنه الجهالة ويمكن القصد إليه.

وأُورد عليه[1] بأنّه يشكل بمنع توقّف القصد على ذلك، فإنّ المعتبر القصد إلى الضمان، وهو التزام المال الّذي ذكره المضمون له، وذلك غير متوقّف على معرفة مَن عليه الدَين، فلو قال شخص: إنّي أستحقّ في ذمّة آخر مائة درهم مثلاً فقال آخر: ضمنتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان عمّن كان عليه الدَين مطلقاً، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيّته.

قلت: قد يكونون أرادوا ما في «المبسوط[2]» من أنّه هل هو ممّن يستحقّ عليه حتّى يتوجّه القصد إليه؟ فتأمّل.

وربما قيل[3]: إنّ المستفاد من أخبار الباب اعتبار معرفة المضمون عنه ولو بوجهٍ مّا، والحكم بالصحّة فيما ذكروه كأنّه يتوقّف على الدليل ويشكّ في تناول العمومات له، فليتأمّل.

[في اعتبار رضا المضمون له بالضمان]

قوله: ﴿الرابع: المضمون له، وهو مستحقّ الدَين، ولا يشترط عِلمه عند الضامن، بل رضاه﴾ أمّا عدم اشتراط معرفته والعلم به فهو خيرة «الخلاف[4]

---

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٠.
(٢) المبسوط: في شرائط الضامن ج ٢ ص ٣٢٣.
(٣) الحدائق الناضرة: في أحكام الضمان ج ٢١ ص ٩ ـ ١٠.
(٤) الخلاف: في الضمان ج ٣ ص ٣١٣ مسألة ١.

والغنية[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والمختلف[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧] والروضة[٨] والكفاية[٩] والمفاتيح[١٠] والرياض[١١]». وفي «جامع المقاصد[١٢]» نسبته إلى الأكثر لما مرّ[١٣] في الحجّة على عدم اشتراط معرفة المضمون عنه، ولأنّ الواجب أداء الحقّ فلا حاجة إلى ما سوى ذلك. ودعوى حصول الغرر لتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء شدّة وسهولة واختلاف الأغراض في ذلك فلابدّ من المعرفة، لأنّ الضمان مع إهمالها غرر وضرر من دون ضرورة كما ترى، لأنّه هو الّذي أدخله على نفسه، مع أنّ الاستناد إلى الغرر يوجب اشتراط المعرفة بسهولة القضاء من المضمون له وحسن المعاملة، وهو منفيّ بالإجماع كما في «المختلف[١٤]».

والمخالف الشيخ في «المبسوط[١٥]» والمقداد في «التنقيح[١٦]» فقالا باشتراط علم الضامن به، وقد نفى عنه البأس في «التذكرة[١٧]» لحصول المعاملة بين الضامن وبينه فافتقر إلى معرفته للحاجة. قلت: إن اعتبرنا قبوله لفظاً ـ كما عليه الأكثر وإن

---

(١) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١.
(٢) شرائع الإسلام: في الضامن ج ٢ ص ١٠٨.
(٣) تحرير الأحكام: في أركان الضمان ج ٢ ص ٥٥٧.
(٤) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.
(٥ و١٤) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٥ و٤٥٦.
(٦ و١٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٨.
(٧) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٧٩.
(٨) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١١٤.
(٩) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٣.
(١٠) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.
(١١) رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٨.
(١٣) تقدّم في ص ٣٨٩.
(١٥) المبسوط: في شرائط الضمان ج ٢ ص ٣٢٣.
(١٦) التنقيح الرائع: في الضمان ج ٢ ص ١٨٦.
(١٧) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٣٠٧.

لم يصرّحوا به لمكان تصريحهم بأنّه عقد لازم ـ اقتضى ذلك تمييزه كما هو صريح «اللمعة[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]».

وقد يقال[٤]: يمكن القول بعدم اعتبار تمييزه كما هو ظاهر إطلاق الأكثر، حيث اعتبروا هنا رضاه ولم يذكروا فيه قبولاً مخصوصاً ولا امتيازه هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه وإن قلنا باشتراط قبوله لإمكان أن يضمن الضامن المال الّذي في ذمّة المضمون عنه لمن كان له الحقّ، والحال أنّ المستحقّ حاضر فيقبل ولا يعلم به الضامن، فاعتبار قبوله إنّما يوجب تمييزه غالباً، فتأمّل.

وأمّا اعتبار رضاه فهو خيرة «المبسوط[٥] والوسيلة[٦] والغنية[٧]» وسائر ما تأخّر[٨]. وقد نسب إلى الأكثر في «التذكرة[٩] والمفاتيح[١٠]». وفي «الرياض» نسبته إلى الأكثر وعامّة مَن تأخّر[١١]. وهو كذلك. وفي «المسالك» أنّه المشهور[١٢]. وفي «التحرير[١٣]» وكذا «الغنية» الإجماع عليه[١٤]. وفي «الخلاف» أنّه أولى محتجّاً بأنّ أمير المؤمنين عليه السلام

(١) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.
(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٨.
(٣ و١٢) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٧٩ و١٨٠.
(٤) لم نظفر على قائل هذا المقال حسب ما تفحّصنا في الكتب المعمولة الموجودة لدينا.
(٥) المبسوط: في شرائط الضمان ج ٢ ص ٣٢٣.
(٦) الوسيلة: في بيان الضمان ص ٢٨٠.
(٧) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.
(٨) كما في شرائع الإسلام: في الضامن ج ٢ ص ١٠٨، ومختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٧، وجامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٩.
(٩) تذكرة الفقهاء: في شرائط الضامن ج ١٤ ص ٣٠٨.
(١٠) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.
(١١) رياض المسائل: في ضمان المال ج ٨ ص ٥٧٤.
(١٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٧.
(١٤) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

وأبا قتادة ضمنا الدّين عن الميّت ولم يسأل النبيّ صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له[١]. وأُجيب بعد الغضّ عن السند بأنّها واقعة لا عموم فيها وبأنّ ذلك إنّما يدلّ على عدم البطلان قبل علمه وردّه، ونحن نقول بموجبه لأنّه صحيح ولكن لا يلزم إلّا برضا المضمون له، كذا في «المختلف[٢]» وغيره[٣].

وقد يقال[٤]: إنّ النبيّ صلى الله عليه وآله لم يصلّ إلّا بعد وقوعه منهما، ولا قائل بأنّه يقع صحيحاً ثمّ ينفسخ، وإن كان فضوليّاً لم يكن فيه دلالة للشيخ، فتأمّل، وباحتمال وجود القرينة الدالّة على رضاه لعدم ما يوفّى به دَينه من التركة على الظاهر، مع كون الضامن مثل أمير المؤمنين عليه السلام أو أبي قتادة بمحضر من النبيّ صلى الله عليه وآله. وبذلك يحصل العلم برضا المضمون له ولو بالفحوى، ولعلّه كافٍ في الصحّة بل واللزوم وإن توقّف على القبول اللفظي على الاختلاف، على أنّا قد نقول بأنّه قد يكون حصل رضا المضمون له في الواقعتين، وعدم النقل لا يدلّ على العدم، والتمسّك بأُصالة العدم مشروط بعدم النصّ على الاشتراط. وقد يقال[٥]: إنّ رضا رسول الله صلى الله عليه وآله كافٍ، لأنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

واستدلّ للشيخ في «الكفاية[٦]» بموثّقة إسحاق بن عمّار[٧] عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عليه دَين فحضره الموت فيقول وليّه: عليَّ دَينك، قال: يبرئه ذلك وإن لم يوفّه وليّه من بعده. وقال: أرجو أن لا يأثم، وإنّما إثمه على الّذي يحبسه.

---

(١) الخلاف: في الضمان ج ٣ ص ٣١٣ ـ ٣١٤ مسألة ٢.

(٢) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٧.

(٣) كما في المسالك: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨١.

(٤) لم نظفر على هذا القول في كتب الاستدلال حسب ما تفحّصنا.

(٥) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الضامن ج ٩ ص ٢٨٨.

(٦) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٣.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١٤ في أبواب الدّين والقرض ح ٢ ج ١٣ ص ٩٩.

واستدلّ له في «الحدائق[1]» بموثّقة الحسن بن الجهم قال: سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن رجلٍ مات وله عليَّ دَين وخلف ولداً رجالاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حِلٍّ ممّا لإخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال: تكون في سعةٍ من ذلك وحِلّ، قلت: وإن لم يعطهم؟ قال: ذلك في عنقه، قلت: فإن رجع الورثة عليَّ فقالوا: أعطنا حقّنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأمّا بينك وبين الله تعالى فأنت في حِلٍّ منها إذا كان الرجل الّذي أحلّك يضمن رضاهم[2]. وبصحيحة حبيب الخثعمي عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة، يأخذ منه بغير إذن صاحبه؟ قال: لا يأخذ إلّا أن يكون له وفاء، قال: قلت: أرأيت إن وجد مَن يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الّذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم[3].

وأنت خبير بأنّ ما تضمّنه هذا الصحيح مخالف للقواعد والإجماع خارج عن محلّ النزاع، لأنّه ما تضمّن براءة ذمّة المديون من مال الغريم بنقله إلى ذمّة الضامن ومثله الموثّق الثاني في الأمرين معاً، لكونه صريحاً في حصول البراءة بمجرّد ضمانه لرضاهم، وبهذين حصلت المخالفة للإجماع والخروج عن محلّ النزاع، ولهذا أطلق عليه‌السلام وقال: إنّ للورثة المطالبة بالحكم الظاهر، وهو أعمّ من وجود البيّنة على الضمان وعدمه. والحاصل: أنّ استدلال صاحب «الحدائق» بهذين غفلة والأصحاب أغفلوهما على رأي العين.

وأمّا الموثّق الأوّل فهو مطلق بالنسبة إلى حصول رضا المضمون له وعدمه، فليقيّد بأدلّة المشهور القوية المعتضدة المتعاضدة جمعاً بين الأدلّة، للإجماع على تقديم النصّ على الظاهر والقويّ على الضعيف.

---

(١) الحدائق الناضرة: في الضمان ج ٢١ ص ١١ ـ ١٢.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب أحكام الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥٢.
(٣) المصدر السابق: ب ٨ من أبواب أحكام الوديعة ح ١ ج ١٣ ص ٢٣٢.

وفي اشتراط قبوله احتمال،

وحجّة المشهور بعد إجماعي «التحرير والغنية[١]» الأصل، بمعنى أنّ الأصل عدم شرعيّته حتّى يثبت، وصحيحة عبدالله بن سنان عن «أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دَين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمّة الميّت[٢]. ومفهومه نصّ في المطلوب. وقد روى مثله في «الفقيه» عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح الثوري عن أبي عبدالله عليه السلام[٣]. ومثله في «الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام»: وإن كان لك على رجلٍ مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميّت قد برئ وقد لزم الضامن ردّه عليك[٤]. والضعف منجبر بما عرفت مع التأييد بخبر احتضار عبدالله بن الحسن[٥]، فلو لم يعتبر رضا المضمون له لم يخيّرهم. ويبقى الكلام في حجّية فعله، لأنّه قد يكون أخذه عن آبائه عليهم السلام، ولهذا جعلناه مؤيّداً، وقد جعله في «المختلف[٦]» دليلاً.

وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرّد رضاه كيف اتّفق ولو مع التراخي أم لابدّ من كونه بصيغة القبول اللفظي؟ قولان أشار إليهما المصنّف كما ستسمع[٧].

[في اعتبار القبول في الضمان وعدمه]

قوله: ﴿وفي اشتراط قبوله احتمال﴾ اختاره في «اللمعة[٨]» وهو الأقرب

---

(١) تقدّما في ص ٣٩٢.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٤٩.
(٣) من لا يحضره الفقيه: في الدّين والقرض ح ٣٧١٤ ج ٣ ص ١٨٩.
(٤) فقه الرضا عليه السلام: في الدّين والقرض ص ٢٦٨.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥٢.
(٦) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٥٨.
(٧) سيأتي في ص ٣٩٧.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

كما في «التحرير[1] والتذكرة[2]» والأصحّ كما في «جامع المقاصد[3]» والأجود كما في «المسالك[4]» والأقوى كما في «الروضة[5]» لأنّ الضمان عقد إجماعاً كما في «جامع المقاصد» فلابدّ فيه من القبول، ولأنّ المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله إلى ذمّته بغير رضاه[6]؟ وقد عرفت الحال في قضيّة أميرالمؤمنين عليه السلام، وليعلم أنّ كلّ من قال إنّه عقد قال إنّه لازم.

والاحتمال الثاني العدم. وفي «الإيضاح» أنّه الأولى، لأنّه التزام وإعانة للمضمون عنه، وليس هو على قواعد المعاملات، ولقوله تعالى ﴿وأنا به زعيم﴾[7].

وقد وافقه على ذلك المولى الأردبيلي[8]، وليس بشيء بعد دعوى الإجماع على كونه عقداً لازماً وانتقاض ما في الإيضاح بالرهن كما في «التذكرة[9] والمسالك[10]» فإنّ فائدته التوثّق مع اشتراط القبول فيه، فتأمّل، مضافاً إلى الأصل والاقتصار فيما خالفه من اللزوم والانتقال على المتيقّن من الإجماع والنصّ، وليس فيه تصريح بكفاية مطلق الرضا، وإطلاقه مسوق لبيان حكمٍ آخر فلا عبرة به لعدم وروده في بيان حكمه كما حرّر في محلّه، مضافاً إلى ما في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام من قوله: «وقبلت ضمانه».

وهنا شيء وهو أنّهم في أوّل الباب قالوا إنّه عقد واختلفوا في اشتراط القبول، والقائل به حكم به بالأصحّ والأقرب ونحو ذلك.

---

(١) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٧.
(٢ و٩) تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ١٤ ص ٣٠٩.
(٣ و٦) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٩.
(٤ و١٠) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨١.
(٥) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٠.
(٧) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٤، والآية ٧٢ من سورة يوسف.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٢٨٧.

فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود.
الخامس: الحقّ المضمون به، وشرطه المالية، والثبوت في الذمّة

قوله: ﴿فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3] والروضة[4]» وكونه باللفظ الماضي واللفظ العربي كما في «جامع المقاصد[5] والمسالك[6]» ووجهه ظاهر.

[في اشتراط المالية في المضمون به]

قوله: ﴿الخامس: الحقّ المضمون به، وشرطه المالية﴾ إجماعاً معلوماً ومحكيّاً في ظاهر «الغنية[7]» وقد يظهر من غيرها[8]. وضابطه ما جاز عقد الرهن عليه كما في «اللمعة[9]» أو أن يكون ممّا يصحّ تملّكه وبيعه كما في «التذكرة» قال: فلا يصحّ ضمان ما ليس بمال، وكما لا يصحّ بيع المحرّمات والربويّات وغيرها ممّا تقدّم فكذا لا يصحّ ضمانها[10].

قوله: ﴿والثبوت في الذمّة﴾ إجماعاً كما في «الغنية» وغيرها كما ستسمع، فلو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصحّ إجماعاً كما في «التذكرة[11]». وقد جوّزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمّة كضمان الأعيان المضمونة والعهدة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ١٤ ص ٣٠٩.
(٢) جامع المقاصد: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٥ ص ٣١٩.
(٣) مسالك الأفهام: في الضمان ج ٤ ص ١٨١.
(٤) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٠.
(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣١٩.
(٦) المسالك: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨١.
(٧) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.
(٨ و١٠ و١١) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١١.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

وإن كان متزلزلاً كالثمن في مدّة الخيار والمهر قبل الدخول،

ونقصان الصنجة وغير ذلك كما ستسمع، فهي إمّا مستثناة أو الشرط أغلبي كما يأتي بيان ذلك.

قوله: ﴿وإن كان متزلزلاً كالثمن في مدّة الخيار والمهر قبل الدخول﴾ كما طفحت به عباراتهم «كالخلاف[1] والغنية[2]» وغيرهما[3]. وفي «المبسوط» نفي الخلاف ـ وظاهره بين المسلمين ـ عن صحّة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والأُجرة بعد دخول المدّة وعن صحّة ضمان الثمن قبل التسليم والأُجرة قبل انقضاء الإجارة والمهر قبل الدخول. قال: فهذه الحقوق لازمة غير مستقرّة، فيصحّ ضمانها أيضاً بلا خلاف[4]، انتهى.

وقول المصنّف وغيره كالثمن في مدّة الخيار شامل بإطلاقه لما إذا كان الخيار لهما أو لأحدهما، ولما إذا كان ضمانه ـ أي الثمن ـ قبل القبض أو بعده عن المشتري أو عن البائع لنفسه أو لعهدته.

أمّا ضمانه قبل القبض فإنّما يصحّ عن المشتري لا عن البائع، أمّا صحّته عن المشتري سواء كان الضمان لنفسه أم لعهدته فإنّما تكون إذا لم يكن معيّناً، فيضمن عن المشتري للبائع الثمن الّذي في ذمّته فينتقل إلى ذمّة الضامن، هذا إذا كان لنفسه. وإذا كان لعهدته فإنّه يضمن للبائع عهدة الثمن لو ظهر مستحقّاً إذا كان غير معيّن أيضاً، لأنّه لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع إلى ثمنٍ آخر، ولا كذلك لو كان معيّناً وظهر مستحقّاً فإنه يبطل البيع، ولو كان الضمان حينئذٍ لتجويز كونه معيباً صحّ سواء

(١) الخلاف: في الضمان ج ٣ ص ٣١٨ مسألة ١١.

(٢) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

(٣) الجامع للشرائع: في الضمان ص ٣٠١.

(٤) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.

أو لم يكن لازماً، لكن يؤول إليه كمال الجُعالة قبل الفعل،

كان معيّناًأو غيرمعيّن، وأمّاعدم صحّته عن البائع قبل قبضه على تقدير ظهور المبيع مستحقّاً فإنّه ضمان ما لم يجب، لأنّه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته،فيكون كما لوضمن ما يستدينه.وهذاهو المرادممّافي«الشرائع[1] والتحرير[2]» من قولهما: ولو كان قبل القبض لم يصحّ ضمانه عن البائع.

وأمّا ضمانه بعد القبض فقد يكون للبائع القابض له بأن يضمن له عهدته على تقدير ظهوره مستحقّاً على وجهٍ لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معيّن أو على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بأرشه، وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقّاً ليرجع به، وعلى التقديرين فالضمان إنّما هو لعهدته لا له نفسه، فكان الضمان في أكثر الصوّر ضمان عهدة. فقولهم «كالثمن في مدّة الخيار» تشبيه للحقّ الثابت المتزلزل لا للمضمون، إذ المضمون هو نفسه إنّما هو في صورة واحدة.

وليعلم أنّ ضمان العهدة يفارق ضمان الثمن نفسه من جهة الصيغة والحكم، فصيغة الأوّل ضمنت لك عهدته ودركه فلا يفيد نقلاً، وصيغة الثاني ـ أعني ضمان النفس ـ ضمنت لك الثمن الّذي في ذمّة زيد، فيفيد انتقاله إلى ذمّة الضامن، فالفرق بينهما في اللفظ والمعنى.

[حكم ضمان مال الجعالة]

قوله: ﴿أو لم يكن لازماً لكن يؤول إليه كمال الجُعالة قبل الفعل﴾ عقد الجعالة من العقود الجائزة، يصحّ لكلّ من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل وبعده، ومن أحكامه أنّ العامل لا يستحقّ المال المجعول إلّا بتمام العمل، فلو بقي

---

(١) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.

(٢) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥١.

منه شيء وإن قلّ فليس له شيء، بخلاف الإجارة حيث إنّ اُجرتها موزّعة على العمل بالنسبة، فضمان مال الجعالة إن كان بعد تمام العمل فلا خلاف في صحّته للزومه للجاعل، وقد نفى عنه الريب والشبهة جماعة [1]، وإن كان قبله ففي «المبسوط [2] والشرائع [3] والتحرير [4] ومجمع البرهان [5]» أنّه يصحّ ضمانه، وكذا «المختلف [6]» وإن خالف في الدليل. وفي «الخلاف [7] والغنية [8]» يصحّ ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به، ولعلّه يؤول إلى ما في «المبسوط» كما فهمه الجماعة، وإلّا فلو أراد بعد تمام العمل كما يظهر من «المختلف» لما احتاج إلى الاستدلال عليه بما ستسمع. ووافق في «التذكرة» فيما إذا ضمن بعد الشروع في العمل [9].

واحتجّ عليه في «المبسوط والخلاف والغنية» بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [10] قال في «الخلاف»: وهذا نصّ [11] وقوله ﷺ «الزعيم غارم» وقد استدلّ الفقهاء بالآية الكريمة وكذا الحديث على مسائل من الجعالة والضمان، فليكن هذا منها.

واستدلّ الشيخ أيضاً على ما حكاه عنه في «التذكرة» ـ ولم أجده في المبسوط

(١) منهم الشهيد الثاني في المسالك: ج ٤ ص ١٩٣، وراجع الحدائق: ج ٢١ ص ٢٧.

(٢) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.

(٣) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١٠٩.

(٤) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٢٩٢.

(٦) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٧.

(٧) الخلاف: في الضمان ج ٣ ص ٣١٦ مسألة ٧.

(٨) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١٨.

(١٠) يوسف: ٧٢.

(١١) الخلاف: الضمان ج ٣ ص ٣١٧ مسألة. وراجع النصّ في سنن الترمذي: ج ٣ ص ٥٦٥ ح ١٢٦٥، والسنن الكبرى: ج ٦ ص ٧٢.

والخلاف ـ بأنّ مال الجعالة يؤول إلى اللزوم إذا عمل تمام العمل، والّذي لا يلزم إنّما هو العمل، وأمّا المال فيلزم به، فالضمان للمال لا للعمل[١]، انتهى فتأمّل.

واستدلّ عليه في «المختلف» بأنّ الحاجة ماسّة إليه فجاز ضمانه كقوله: ألق متاعك وعليّ ضمانه[٢]. ويستفاد من هذا أنّ الظالم إذا حبس رجلاً وأراد منه مالاً غرامة من غير حقّ كما هو عادة الحكّام وقال لآخر: اضمن عنّي هذا المال وخلّصني من يد الظالم من الحبس والعقوبة أنّ الضمان صحيح وله الرجوع عليه بما أدّى عنه، وقد نبّهنا على ذلك في باب الديات.

واستدلّ على ما ذهب إليه في «التذكرة» بوجود سبب الوجوب وبانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدّة الخيار. ومراده بسبب الوجوب الشروع في العمل المنتهي إلى اللزوم لا أنّه العقد كما فهمه في «المسالك[٣]».

وقد ناقشه المحقّق الثاني[٤] والشهيد الثاني[٥] بانتفاء الثبوت واللزوم فيما بقي من الجعل الّذي لم يأت بمقابله من العمل، وبالفرق بينه وبين الثمن في مدّة الخيار.

قلت: هو لم يقل: إنّه يلزم فيما بقي، بل قال: إنّه ينتهي إلى اللزوم، يعني بتمام العمل كما صرّح[٦] به في آخر كلامه في حجّة الشيخ. وهذا هو المراد من التشبيه، فلم يتّجه الإيرادان، والأمر واضح وكلام المحقّق الثاني قد يدلّ على أنّه لا دليل في المسألة غير ما حكاه عن التذكرة واختار ـ أي المحقّق الثاني ـ عدم الصحّة قبل الفعل، والشهيد الثاني كأنّه متردّد كصاحب «الكفاية[٧]».

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١٨.
(٢) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٧.
(٣) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٢.
(٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٠.
(٥) المسالك: ج ٤ ص ١٩٣.
(٧) كفاية الأحكام في الحقّ المضمون ج ١ ص ٥٩٤.

وما‌ل السبق والرماية.

ومثل ضمان مال الجعالة ضمان الدية قبل استقرار الجناية، وقد حرّرناه في بابه.

وقول المصنّف «لم يكن لازماً لكن يؤول إلى اللزوم» أراد به الإيماء إلى وجه الصحّة. ولذلك وقعت هذه العبارة في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3]» وغيرها[4]. فلو قال: لو لم يكن ثابتاً لكنّه يؤول إليه لفاتت هذه الفائدة وخالف كلام الأصحاب، فاندفع ما في «جامع المقاصد».

[حكم ضمان مال السبق والرماية]

قوله: ﴿وما‌ل السبق والرماية﴾ كما في «المبسوط[5] والخلاف[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8]» لقوله عليه‌السلام «الزعيم غارم» ولأنّ الأصحّ أنّه عقدٌ لازم كيف كان، فيلزم المال فيه بالعقد فيصحّ ضمانه. وتردّد فيه في «الشرائع[9]» وبنى الأمر في «التذكرة» على أنّه هل هو جعالة أو إجارة؟ فإن كان إجارة صحّ الضمان، وإن كان جعالة فكضمان الجعل[10]، وقد عرفت مختاره فيه فيها. وهذا كلّه إذا كان الضمان قبل العمل أو قبل تمامه. وأمّا إذا كان بعد تمام العمل فلا شبهة في صحّة ضمانه كما هو واضح، وقد صرّحوا[11] به.

(١ و ٥) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٥. (٢) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.
(٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥١.
(٤) كمجمع الفائدة والبرهان: الضمان ج ٩ ص ٢٩٢.
(٦) الخلاف: في الضمان ج ٣ ص ٣١٧.
(٧) جامع المقاصد: في الضمان به ج ٥ ص ٣٢٠.
(٨) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٣.
(٩) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١٨.
(١١) كما في غاية المرام: ج ٢ ص ٢٠١، والمسالك: ج ٤ ص ١٩٣ والحدائق: ج ٢١ ص ٢٧.

والأقرب صحّة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة.

[حكم ضمان مال الكتابة]

قوله: ﴿والأقرب صحّة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة﴾ كما هو خيرة «التذكرة[1] والتحرير[2] والإرشاد[3] والمختلف[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] ومجمع البرهان[7]». وفي «الشرائع» لو قيل به كان حسناً[8].

والمخالف الشيخ في «المبسوط» حيث منع من ضمان مال الكتابة مطلقاً للعبارة ولم يفرّق بين المطلقة والمشروطة، قال: لأنّه لا يلزم العبد في الحال، لأنّ للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول إلى اللزوم، لأنّه إذا أدّاه عتق وإذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا يتصوّر أن يلزم في ذمّته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه. فهذا المال لا يصحّ ضمانه، لأنّ الضمان إثبات مال في الذمّة والتزام لأدائه، وهو فرع لزومه للمضمون عنه، فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم ويكون في الفرع لازماً، فلهذا منعنا من صحّة ضمانه، وهذا لا خلاف فيه[9]، انتهى.

وهو مبنيّ منه على ما يختاره من عدم لزوم مال الكتابة المشروطة من قِبل العبد، والمشهور المعروف بين المتأخّرين هو القول باللزوم فيصحّ ضمان مالها، بل

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١٦.
(٢) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٤.
(٣) إرشاد الأذهان: الضمان ج ١ ص ٤٠١.
(٤) مختلف الشيعة: الضمان ج ٥ ص ٤٦٣.
(٥) جامع المقاصد: في الضمان به ج ٥ ص ٣٢٠.
(٦) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٤.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٣.
(٨) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.
(٩) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.

ويصحّ ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة،

قالوا: لو قلنا بالجواز فالصحّة متّجهة أيضاً، لأنّ المال ثابت في ذمّة المكاتب بالعقد، غايته أنّه غير مستقرّ كالثمن في مدّة الخيار. فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق كما في «التحرير [1]» وغيره [2] وامتنع التعجيز كما لو أدّى المال بنفسه. وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار، فإنّ أداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان أنّه قبض فلا يمنع بطريق أولى. ومن هنا أُشكل الجواز على تقدير الجواز، لأنّه يؤدّي إلى اللزوم قهراً على المكاتب بناءً على عدم اشتراط رضا المضمون عنه، فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز.

وموضع الخلاف كما في «المسالك» الكتابة المشروطة. وقال: لا خلاف في لزوم المطلقة [3].

قلت: ظاهر عبارة «الشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف» أنّ محلّ النزاع بينهم وبين الشيخ مطلقة (مطلق خ ل) الكتابة حيث تعرّض في هذه الأربعة للخلاف، ولعلّه فهمه ـ أي نفي الخلاف ـ من أنّ مذهبه في «المبسوط» أنّ الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين، وإن كانت مشروطة فهي لازمة من جهة السيّد دون العبد، وإن كان كلامه في «الخلاف» قد يعطي خلاف ذلك لكنّ الظاهر كما في «المختلف [4]» موافقة المبسوط، فكلامه في الباب منزّل على كلامه في ذلك الباب، فتأمّل.

[في ضمان نفقة الزوجة]

قوله: ﴿ويصحّ ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة﴾

---

(١) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٤.

(٢ و٣) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٤.

(٤) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٣.

كما في «المبسوط[1] والسرائر[2] والشرائع[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والمختلف[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9]» وكذا «الخلاف[10]». وفي «مجمع البرهان» لعلّه لا خلاف فيه، وهو كذلك، لأنّ النفقة كالعوض عن التمكين فهي دَين، فيصحّ ضمان الماضية والحاضرة منها. أمّا الماضية فلاستقرارها في ذمّة الزوج بمضيّ الزمان، وأمّا الحاضرة فلأنّها تجب بطلوع الفجر وتثبت في ذمّته.

وأمّا المستقبلة فإنّها غير واجبة في الذمّة فلا يصحّ ضمانها، لأنّ النفقة عندنا إنّما تجب بالعقد مع التمكين الكامل، وهي أن تخلّي بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً لا بمجرّد العقد وعدم النشوز. وفرق واضح بين التمكين الكامل وعدم النشوز، والتمكين الكامل ليس بحاصل في زمانٍ لم يقع بعد.

وقد علّل في «الشرائع» صحّة ضمان الحاضرة والماضية باستقرارهما في ذمّة الزوج[11] فأورد عليه في «المسالك» أنّ النفقة الحاضرة لا إشكال في وجوبها وثبوتها مع التمكين، أمّا استقرارها ففيه نظر مبنيّ على أنّها لو نشزت في أثناء ذلك النهار هل تستردّ أم لا؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله الكلام فيه[12]. وأنت خبير بأنّ مراده بالاستقرار الثبوت كما يرشد إليه مقابلتهما بالمستقبلة.

وعدم فرقهم في المقام بين المؤونة والكسوة حيث يقولون بصحّة ضمانها حاضرة

---

(١) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٥.
(٢) السّرائر: في الضمان ج ٢ ص ٧٢.
(٣ و١١) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.
(٤) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٣.
(٥) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.
(٦) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٤.
(٧) جامع المقاصد: في الضمان به ج ٥ ص ٣٢٠.
(٨ و١٢) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٤.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٣.
(١٠) الخلاف: الضمان ج ٣ ص ٣١٧ مسألة ١٠.

وماضية يقضي بأنّهما من سنخ واحد وأنّهما تمليك، وإلّا فلو لم يكسها مدّة كانت الكسوة كالإسكان لا تكون ديناً عليه على القول بالإمتاع فلا يصحّ ضمانها، وعلى القول بالتمليك تكون ديناً يصحّ ضمانها.

ثمّ إنّ صاحب «المسالك» أطلق الخلاف من دون تفصيل بالنسبة إلى الكسوة والمؤونة، مع أنّ الناشز والميّتة والميّت زوجها بالنسبة إلى الكسوة على القول بأنّها إمتاع يستردّ زوجها ما وجده منها قولاً واحداً من القائلين بذلك إن كان هناك قائل بذلك، ولم نجده لأحد من المتقدّمين والأساطين. نعم هو لبعض متأخّري المتأخّرين [1] والمصنّف في «الإرشاد [2]» وإن كان ظاهره الإمتاع لكنّ آخر كلامه يعطي التمليك. وأمّا المؤونة فقد اختلفوا في استردادها في الناشزة في أثناء النهار. وأمّا لو ماتت أو مات في أثنائه أو طلّقها فالظاهر أنّهم لا يختلفون في أنّها لا تستردّ منها نفقة النهار لو بقي منها شيء، واختلفوا في نفقة الليل.

وكيف كان، فقد قال في «التحرير» في الفرق بين مال الجعالة قبل العمل وبين النفقة المستقبلة إشكال [3]. قلت: قد يمكن تجشّم الفرق.

وقال في «المبسوط» بعد أن قال بصحّة ضمان الحاضرة والماضية دون المستقبلة: إنّما يصحّ ضمان نفقة المعسر، لأنّها ثابتة على كلّ حال، وأمّا الزيادة عليها إلى تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة لأنّها تسقط بإعساره [4]. وتبعه على ذلك القاضي [5]. وردّه في «المختلف» بأنّ الاعتبار حينئذٍ بالزوج، فإنّه إن كان موسراً وجبت نفقة الموسر، وإن كان معسراً وجبت نفقة المعسر، ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر بإعسار الموسر بعد وجوبه، وإنّما يتمّ ذلك على مذهب القائلين بصحّة ضمان النفقة المستقبلة، وقول الشيخ في المبسوط كأنّه مذهب المخالف وتفريع على تسويغ ضمان النفقة

---

(١) كنز الفوائد: في النفقات ج ٢ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

(٢) إرشاد الأذهان: في نفقة الزوجة ج ٢ ص ٣٥.

(٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٣.

(٤) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٦.

(٥) المهذّب: باب النفقات ج ٢ ص ٣٤٥.

والحاضرة للقريب دونهما.

المستقبلة، وتبعه ابن البرّاج توهّماً أنّ ذلك فتواه[١].

قلت: كلام المبسوط في المقام ليس فيه تعرّض لأهل الخلاف أصلاً، لكنّ الباعث له على حمل كلامه على هذا الوجه البعيد جدّاً أنّه بالنسبة إلى النفقة الماضية لا يكاد يعقل، وبالنسبة إلى الحاضرة بعيد جدّاً، لبُعد احتمال الإعسار في ذلك النهار. ووجه التفريع المذكور على مذهب أهل الخلاف أنّ القائل بضمان المستقبلة شرط تقدير المدّة وأن يكون المضمون نفقة المعسرين وإن كان المضمون عنه موسراً أو متوسّطاً، لأنّه ربّما يعسر، فالزائد على نفقة المعسرين غير ثابت، لأنّه يسقط بالعسر.

وهناك خلاف آخر لابن إدريس، فإنّه بعد أن حكم بصحّة ضمان الماضية والحاضرة دون المستقبلة قال في الموضع الّذي يصحّ ضمانها: لا يصحّ إلّا أن تكون معلومة، لأنّ ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند المحصّلين من الأصحاب لا يصحّ[٢]. وقضيّته أنّها لا يصحّ ضمانها في الحالين إلّا بعد أن يحكم بها الحاكم، ويأتي إن شاء الله تعالى أنّ ضمان المجهول الّذي يمكن استعلامه يصحّ وأنّ الّذي لا يمكن استعلامه لا يصحّ قولاً واحداً، والنفقة ممّا يمكن استعلامها.

[في ضمان نفقه الاقارب]

قوله: ﴿والحاضرة للقريب دونهما﴾ أي يصحّ ضمان النفقة الحاضرة للأب والأُمّ وإن عليا، والولد وإن نزل[٣]، ولا يصحّ ضمان المستقبلة والماضية كما في «التذكرة[٤]

---

(١) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٤. (٢) السرائر: في الضمان ج ٢ ص ٧٢.

(٣) إن كان المعيار في صحّة الضمان وجوب المضمون به على المضمون عنه فقد ورد في الأخبار لزوم نفقة اليتيم على مَن يأكل ميراثه، بل وكلّ مَن يرثه وارثه ولو من نسبٍ بعيد. وإن كان المعيار في صحّته مجرّد رجحان النفقة على المنفق فيترجّح نفقة جميع الأقارب البعيدة كالقريبة بل والأيتام والفقراء، فاختصاص صحّة الضمان في خصوص الأب والأُمّ والزوجة يحتاج إلى دليل بيّن.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١٣.

ولو ضمن ما سيلزمه ببيعٍ أو قرضٍ بعده لم يصحّ، ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة.

وجامع المقاصد[1] والمسالك[2]» وكذا «مجمع البرهان[3]» لأنّ الحاضرة تجب بطلوع الفجر. والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أنّ الغرض منها البرّ والصلة والمواساة فتفوت بفوات الوقت وبضيافة الغير ونحو ذلك. ونفقة الزوجة معاوضة فسبيلها سبيل الدَين. فضمان الماضي من نفقة الأقارب ضمان ما لا يجب، وأمّا المستقبل منها فأولى بعدم الصحّة.

[في عدم صحّة ضمان دَينٍ ما سيلزم]

قوله: ﴿ولو ضمن ما سيلزمه ببيعٍ أو قرضٍ بعده لم يصحّ﴾ هذا تفريعٌ على الثبوت في الذمّة، والمراد أنّه لو ضمن دَيناً لم يجب بعد ولكنّه يجب بعد ذلك بقرضٍ أو بيعٍ أو شبههما لم يصحّ. ولو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو عليَّ لم يصحّ أيضاً عند علمائنا أجمع كما في «التذكرة[4]» وفاعل يستلزمه راجع إلى المضمون عنه، فيصير المعنى: لو ضمن ما يستلزمه ببيعٍ أو قرض.

[في عدم ضمان الأمانة والوديعة والمضاربة]

قوله: ﴿ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة﴾ كما في «الشرائع[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9] ومجمع البرهان[10]

(١ و٨) جامع المقاصد: في الضمان به ج ٥ ص ٣٢٠ و٣٢١.

(٢ و٩) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٣ و١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٣ و٢٩٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١١.

(٥) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.

(٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٤. (٧) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.

ويصحّ ضمان أرش الجناية وإن كان حيواناً.

والكفاية[١]». وقال في «التذكرة»: إذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يد غيره، فإن كانت أمانة لم يتعدّ فيها الأمين لم يصحّ الضمان كالوديعة والعارية غير المضمونة ومال الشركة والمضاربة والعين الّتي يدفعها إلى الصانع والمال في يد الوكيل والوصي والحاكم وأمينه إذا لم يقع منهم تعدٍّ أو تفريط عند علمائنا أجمع، لأنّها غير مضمونة العين ولا مضمونة الردّ، وإنّما يجب على الأمين مجرّد التخلية. فإذا لم تكن مضمونة على ذي اليد لا تكون مضمونة على الضامن. ولو ضمنها إن تعدّى فيها لم يصحّ أيضاً، لأنّه ضمان ما لم يجب ولم يثبت في الذمّة فيكون باطلاً، كما لو ضمن ما يدفعه إليه قرضاً[٢].

ويدلّ على عدم صحّته في الأمرين ـ أعني ضمان الأعيان أو على تقدير تلفها زيادة على ما سمعت ـ أنّ الأصل عدم الضمان، فيقتصر فيه على المتيقّن، والمتيقّن هو المال الثابت في الذمّة، والأعيان في الصورة الاُولى لا يمكن ضمانها، لأنّها لا تنتقل من ذمّة إلى اُخرى، وفي الصورة الثانية لم يثبت شيء في الذمّة حين الضمان كما عرفته آنفاً. وستعرف الحال فيما علّل به عدم صحّة الضمان في «الشرائع» من قوله: «لأنّها غير مضمونة بالأصل».

[في صحّة ضمان أرش الجناية]

قوله: ﴿ويصحّ ضمان أرش الجناية وإن كان حيواناً﴾ أي وإن كان الأرش حيواناً. قال في «التذكرة»: يصحّ ضمان أرش الجناية عند علمائنا سواء كان من النقدين أو من الإبل وغيرها من الحيوانات، لأنّه مال ثابت في الذمّة،

---

(١) كفاية الأحكام: في الحقّ المضمون ج ١ ص ٥٩٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٠.

ومال السَلم والأعيان المضمونة كالغصب والعاريةالمضمونة والأمانة مع التعدّي على إشكال،

فصحّ ضمانه كغيره من الحقوق الثابتة في الذمّة. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يجوز ضمان إبل الدية، لأنّها مجهولة الصفة واللون. وفيه أنّا نمنع بطلان ضمان هذا المجهول وإنّ الإبل الواجبة في الذمّة عن النفس والأعضاء والجراحات معلومة العدد والسنّ، وجهالة اللون وغيره من الصفات لا تضرّ[1].

[في صحّة ضمان مال السَلم والأعيان المضمونة]

قوله: ﴿ومال السَلم﴾ إجماعاً كما في ظاهر «التذكرة» والمخالف أحمد في إحدى الروايتين، لأنّه يؤدّي إلى استيفاء المسلم من غير المسلم إليه[2]، وهو كما ترى.

قوله: ﴿والأعيان المضمونة كالغصب والعارية المضمونة والأمانة مع التعدّي على إشكال﴾ صحّة ضمان الأعيان المضمونة (المغصوبة ـ خ ل) خيرة «المبسوط[3] والشرائع[4] والتحرير[5] والإرشاد[6]» وكذا «المفاتيح[7]» مطلقين هذه الكلمة بهذه العبارة ونحوها. ولعلّهم أرادوا إمّا وجوب الردّ أو ضمان القيمة على تقدير التلف كما نبّه عليه في «المبسوط[8]» في آخر كلامه، إذ لا معنى لضمان العين بدونهما، ولذلك صوّر في «التذكرة[9]» لضمانها صورتين:

الأُولى: أن يضمن ردّ أعيانها وجوّزه، لأنّه ضمان مال مضمون على المضمون

(١ و٢ و٩) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣١٩ و٣١٦ و٣٢١.

(٣ و٨) المبسوط: الضمان ج ٢ ص ٣٢٦.

(٤) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.

(٥) تحرير الأحكام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ٥٥٤.

(٦) إرشاد الأذهان: الضمان ج ١ ص ٤٠١.

(٧) مفاتيح الشرائع: في اشتراط ثبوت المال في الذمّة ج ٣ ص ١٤٤.

عنه. وردّه في «جامع المقاصد[1] والمسالك[2]» بأنّ الثابت إنّما هو وجوب الردّ وليس بمال، وأنّ من خواصّ الضمان انتقال الحقّ إلى ذمّة الضامن وبراءة المضمون عنه، وهنا ليس كذلك، لأنّ الغاصب مخاطب بالردّ ومكلّف به إجماعاً، وإنّما يفيد هذا الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّةٍ وليس من اُصولنا.

الثانية: أن يضمن قيمتها على تقدير التلف وقوّى صحّته، لأنّ ذلك ثابت في ذمّة الغاصب فيصحّ الضمان، ويأتي له في باب الكفالة[3] أنّه يصحّ ضمانها وأنّه لا يضمن قيمتها على تقدير التلف. وردّ في الكتابين بأنّه ليس بواقع، فهو ضمان ما لم يجب وإن وجد سببه، لأنّ القيمة لا تجب إلّا بالتلف ولم يحصل. وأيضاً فإنّ الثابت في ذمّته هو كونها بحيث لو تلفت ثبتت قيمتها في ذمّة الغاصب. وهذا حكمٌ شرعي تابع لوصف الغصب والاستعارة والتعدّي في الأمانة، والحكم الشرعي لا يمكن نقله بالضمان. وفي الأوّل ـ أعني «جامع المقاصد» ـ أنّ عدم صحّة الضمان قويّ، وفي الثاني أنّه أقوى. وفي «الإيضاح» أنّه الأصحّ[4]. ولا ترجيح في «شرح الإرشاد[5]» لفخر الإسلام ولا «الكفاية[6]».

قلت: قد يقال[7]: أن ليس من لوازم الضمان انتقال المال الثابت في الذمّة أو شرائطه. ولعلّ المراد أنّ الغالب أنّه كذلك، وإلّا فما كان ليخفى على اُولئك الأجلّاء العظام. هذا الشيخ في «المبسوط» ذكر الوجهين وعلّل عدم صحّة الضمان بأنّها

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٢.
(٢) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٥.
(٣) قواعد الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ١٦٧.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ٨٥.
(٥) شرح الإرشاد للنيلي: في الضمان ص ٥٦ س ٩ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
(٦) كفاية الأحكام: في الحقّ المضمون ج ١ ص ٥٩٤.
(٧) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٤.

غير ثابتة في الذمّة، وقال: إنّما يصحّ ضمان الحقّ الثابت في الذمّة [١]. ويرشد إلى ذلك أنّه في «التذكرة» قال: ضمان المال عندنا ناقل، وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدة إشكال أقربه عندي جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه [٢]. وقد جوّز فيما حكيناه ضمان الأعيان المغصوبة ونحوها، وجوّز ضمان العهدة في موضع آخر [٣].

ويرشد إلى ذلك أيضاً إطباقهم ـ كما ستسمع ـ على صحّة ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه، وهو فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان. وصرّحوا أيضاً بصحّة ضمان الثمن للبائع عن المشتري وإن كان عيناً كما ستسمع. فلو لم يكن ذلك أغلبياً لما صحّ منهم ذلك مع تنبيههم على ما ردّوا به عليهم، بل لانستبعد ـ كما قال المقدّس الأردبيلي ـ صحّة ضمان الأعيان بمعنى جواز طلب العين من الضامن أو ممّن هو في يده على سبيل التخيير [٤]، بمعنى أنّ المضمون له مخيّر في الطلب من أيّهما شاء، أو نقول: يجب عليهما معاً ردّ العين وعوضها بعد التلف كما هو الشأن في الغاصبين المتعدّدين، أو نقول: إنّ الضمان هنا ناقل بمعنى أنّه يجب ردّ العين على الضامن بمعنى أنّه يختصّ بالمطالبة فيأخذها من الغاصب ويردّها إلى مالكها إن ثبت أنّه لابدّ من النقل مطلقاً، وإلّا فنقول: إنّ النقل مخصوص فيما يمكن من الأموال الّتي في الذمّة.

والحاصل: أنّا قد نقول: إنّه لا دليل على كون الضمان مطلقاً ناقلاً فإنّ الإجماع والخبر إنّما هما في غير الأعيان. ويشهد لذلك كلامهم في ضمان العهدة.

وليعلم أنّ قوله في «الشرائع [٥]» لأنّها غير مضمونة بالأصل ـ في توجيه عدم صحّة ضمان الأمانات كما أشرنا إليه آنفاً ـ قد يعطي أنّ الأمانة مع التعدّي لا يصحّ

---

(١) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٦.

(٢ و ٣) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٢٥ و ٣٣٠.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٧.

(٥) شرائع الإسلام: في الحقّ المضمون ج ٢ ص ١٠٩.

وضمان العُهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه،

ضمانها، لأنّها ليست مضمونة بالأصل كالمغصوب والمستام والمقبوض بالبيع الفاسد، إلّا أن تقول: إنّ مراده بالأصل ما يعمّ حالة الضمان، بمعنى أنّ كلّ ما ليس بمضمون حين إرادة ضمانه لا يصحّ ضمانه، والأمانة مع التعدّي مضمونة حال ضمانها لو ضمنها، فتأمّل.

[في ضمان العُهدة عن المشتري للبائع]

قوله: ﴿وضمان العُهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه﴾ قال في «المبسوط»: العُهدة وإن كان اسماً للصكّ فقد صار في عرف الشرع عبارة عن الثمن حتّى إذا أُطلق لا يعرف إلّا ما قلناه[1]. ونحوه ما في «التحرير[2] وحواشي الشهيد[3]» وقد حكاه بعض[4] عن التحرير وبعض[5] عن الحواشي ساكتين عليه. وقال في «التذكرة»: سمّي ضمان العُهدة لالتزام الضامن ما في عُهدة البائع ردّه، أو لما ذكره في الصحاح، قال: يقال في الأمر عُهدة ـ بالضمّ ـ أي لم يحكم بعد وفي عقله عُهدة أي ضعف، فكأنّ الضامن ضمن ضعف العقد والتزام ما يحتاج إليه من غرم، أو أنّ الضامن التزم الرجعة عند الحاجة[6]. وهذا الأخير تفسير للعُهدة بمعنى الدرك لا بمعنى الثمن، وكلاهما معروف.

ومعنى العبارة أنّه يصحّ ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان دَيناً، وهذا لا ريب

---

(١) المبسوط: في ضمان العهده ج ٢ ص ٣٢٧. (٢) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٥.

(٣) الحاشية النجارية: في ضمان العهدة ص ٧٧ س ١٩ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤) كما في الحدائق الناضرة: في ضمان العهدة ج ٢١ ص ٣٩.

(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٢٩.

وضمان عُهدته إن ظهر عيبٌ أو استحقّ، وللمشتري عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقّاً،

فيه. وأمّا إذا كان عيناً فهو من جملة الأعيان المضمونة، ففي «جامع المقاصد» لعلّ تجويز ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجة إليه وإطباق الناس على ضمان العُهدة[١]، انتهى. ولم أجد من صرّح بذلك لكنّ الأمر كذلك وإطلاق «التحرير» يتناول ذلك. ويأتي تمام الكلام.

قوله: ﴿وضمان عُهدته إن ظهر عيبٌ أو استحقّ﴾ أي يصحّ ضمان عُهدة الثمن أي دركه على تقدير ظهور عيب فيه أو ظهور استحقاقه. والمراد ضمان عُهدته عن المشتري للبائع، لأنّ الأرش على تقدير ظهور عيب حقّ ثابت حين الضمان وإن كان متزلزلاً، لجواز الفسخ قبل التصرّف، والبدل واجب على تقدير الاستحقاق إذا لم يجر العقد على عينه، ولا يضرّ كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان للضرورة وانكشاف ثبوته بعد كما صرّح بذلك كلّه في «جامع المقاصد[٢]» ونحوه ما في «التذكرة[٣]» في موضع منها. وفي «التذكرة[٤]» في موضع آخر و«التحرير[٥] ومجمع البرهان[٦] والمفاتيح[٧]» الاقتصار على صحّة ضمانه فيما إذا ظهر مستحقّاً. وقال في «التذكرة»: إنّ الأقوى عدم الجواز فيما إذا خرج معيباً[٨]. وتمام الكلام وتحرير المقام يأتي إن شاء الله تعالى.

[في ضمان المشتري عن البائع الثمن]

قوله: ﴿وللمشتري عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد

(١ و٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٢.
(٣ و٤ و٨) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.
(٥) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٤.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٦.
(٧) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان مفتاح ١٠٢٨ ج ٣ ص ١٤٥.

قبضه متى خرج المبيع مستحقّاً» كما في «المبسوط[١] والخلاف[٢] والوسيلة[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] والمختلف[٨] واللمعة[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١] والروضة[١٢] والكفاية[١٣] والمفاتيح[١٤]» لإطباق الناس على جوازه في جميع الأعصار كما في «التذكرة» وكذا «مجمع البرهان[١٥]». وفي «المسالك» أنّ ظاهرهم الاتفاق عليه. وقد قيّد بكونه بعد القبض في أكثر الكتب المتقدّمة ما عدا «المبسوط والشرائع والإرشاد واللمعة» بل في «الوسيلة والتذكرة والتحرير» التصريح بأنّه إن كان قبض الثمن صحّ الضمان وإن لم يكن قد قبض لم يصحّ. وهو أيضاً مراد في كلام مَن لم يقيّد به، لأنّهم لا يختلفون في أنّ الضمان لابدّ فيه من ثبوت حقّ في ذمّة المضمون عنه في نفس الأمر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به، والبائع ما لم يقبض لم يتعلّق بذمّته حقّ.

(١) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٦.
(٢) الخلاف: في ضمان العهدة ج ٣ ص ٣١٨ مسألة ١٢.
(٣) الوسيلة: في ضمان العهدة ص ٢٨١.
(٤) شرائع الإسلام: في ضمان العهدة ج ٢ ص ١١٠.
(٥) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.
(٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٤.
(٧) إرشاد الأذهان: في ضمان العهدة ج ١ ص ٤٠١.
(٨) مختلف الشيعة: في ضمان العهدة ج ٥ ص ٤٦٤.
(٩) اللمعة الدمشقية: في ضمان العهدة ص ١٤٤.
(١٠) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٣.
(١١) مسالك الأفهام: في ضمان العهدة ج ٤ ص ٢٠٠.
(١٢) الروضة البهية: في ضمان العهدة ج ٤ ص ١٢٣.
(١٣) كفاية الأحكام: في ضمان العهدة ج ١ ص ٥٩٥.
(١٤) مفاتيح الشرائع: في اشتراط ثبوت المال في الذمّة ج ٣ ص ١٤٥.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في ضمان العهدة ج ٩ ص ٢٩٧.

أو ردّ بعيبٍ على إشكال،

وقد استدلّوا عليه بعموم أدلّة الضمان ومنها «المؤمنون عند شروطهم»[١] وبالإجماع واستمرار الطريقة في الأعصار المؤيّد بالضرورة، فإنّه لو لم يجوّز مثله ـ وإن قلنا إنّ ضمان الأعيان لا يصحّ ـ لزم تعطيل كثير من المعاملات، فإنّه كثيراً مّا يحتاج الإنسان إلى معاملة أشخاص لا يعرفون ولا يوثق بكلامهم ولا بملكيّتهم ولا بيدهم، إذ كثيراً مّا تكون عادية ويخاف عدم الظفر بهم لو خرج مستحقّاً.

وهذا وإن كان يقضي بأولوية صحّة ضمانه قبل قبضه كما هو ظاهر لكن تعارضه القاعدة الاُخرى الّتي عرفتها، وهي عدم صحّة ضمان ما لم يجب كالإبراء عمّا لم يجب، لكن قضية ذلك أن لا يتأمّلوا فيما إذا ردّ بعيبٍ سابق وما إذا ضمن درك ما يحدثه، فليكن ذلك من هذا القبيل، فتارك القيد قد يكون مخالفاً ولا سيّما إن لحظت ما ذكرناه آنفاً، فليتأمّل جيّداً. وهذا كلّه إن لم يجز المالك البيع أو أجازه ولم يرض بقبض البائع.

ومثله ما لو تبيّن خلل في البيع اقتضى فساده كتخلّف شرط فيه ونحو ذلك فإنّ ضمان الثمن للمشتري يصحّ في جميع ذلك لما تقدّم من العلّة كما نصّ على ذلك جماعة كثيرون. وقد يقال[٢]: إنّه لا يصحّ الضمان، لأنّه إنّما جوّز للحاجة، وإنّما تظهر الحاجة في الاستحقاق، لأنّ التحرّز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن، والتحرّز عن سائر أسباب الفساد ممكن. وعدم خلافهم في صحّة هذا يشهد على ما قلناه آنفاً. ويأتي تمام الكلام فيه عند تعرّض المصنّف له.

قوله: ﴿أو ردّ بعيبٍ على إشكال﴾ ينشأ من أنّ الثمن إنّما وجب حينئذٍ

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٢.

(٢) كما في التذكرة: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٤.

بالفسخ فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب، ومن تقدّم سبب الفسخ ودعاء الحاجة إليه كما في «الإيضاح[١] وجامع المقاصد[٢]».

واستشكل في «التذكرة[٣]» بسبب تفريط البائع، لأن كان يمكنه الإعلام وما أعلم بالثمن فصار كأنّ الاستحقاق ثابت فيستحقّ الطلب، وبسبب أنّه فسخ متعقّب كالتقايل. قلت: وهو قوي، ومجرّد تفريطه لا يستلزم صحّة ضمانه، مضافاً إلى الأصل مع عدم تحقّقه حين ضمان العهدة. وهو الأشهر كما في «الكفاية[٤]» وهو خيرة «الشرائع[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] والمسالك[٨] والكتاب» أيضاً في موضعين كما يأتي[٩]. وفي «جامع المقاصد[١٠]» أنّه قريب. وذكر الاحتمالين في «المبسوط[١١]» من دون ترجيح.

وقال في «الإيضاح»: إنّ الحقّ الصحّة لأنّ العذر الغالب مع الحاجة أولى بالرخصة من النادر، وألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه أقلّ وقوعاً من صورة النزاع، فيكون الجواز هنا أولى[١٢]، انتهى. وهو قويّ متين أيضاً، بل قد يقال[١٣]: إنّه أحد الفردين الثابتين حالة العقد على وجه التخيير، لأنّه مخيّر بين الردّ بالعيب والمطالبة بالثمن وبين الرضا به والمطالبة بالأرش، فيوصف بالثبوت قبل اختياره كالفرد من الواجب المخيّر فإنّه يوصف بالوجوب قبل اختياره كما يأتي لهم مثله في ضمان الأرش، انتهى.

(١ و١٢) إيضاح الفوائد: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٨٥.
(٢ و١٠) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٣ و٣٢٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٤٠.
(٤) كفاية الأحكام: في ضمان العهدة ج ١ ص ٥٩٥.
(٥) شرائع الإسلام: في ضمان العهدة ج ٢ ص ١١٠.
(٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٥.
(٧) إرشاد الأذهان: في ضمان العهدة ج ١ ص ٤٠٢.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام الضمان المال ج ٤ ص ٢٠٢.
(٩) يأتي في ص ٤٦٠ ـ ٤٦٢.
(١١) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٧.
(١٣) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٦.

وعلى تقدير صحّته يجب تقييده بعيبٍ سابق كما في «الشرائع [١]» وإلّا فقد يصحّ الفسخ بعيبٍ لاحق كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة، وهذا لا يكون موجوداً حالة الضمان الواقع عند البيع، فيكون كالمتجدّد من الأسباب لا يصحّ ضمانه قولاً واحداً.

هذا، وقد عرفت أنّ المصنّف هنا استشكل في الردّ بالعيب، ويأتي له بعد أسطر أنّ الأقرب أنّه لا يصحّ، ويأتي له بعد صفحة الجزم بعدم الصحّة. وقد حكى في «جامع المقاصد [٢]» أنّ بعض الناس حاول الفرق بأنّ الإشكال هنا في تناول إطلاق لفظ ضمان عُهدة الثمن لهذا القسم، وأمّا تناولها لما إذا ظهر مستحقّاً فلا شكّ فيه. واستشهد على ذلك بقول الشيخ في المبسوط أنّه إذا ضمن عُهدة الثمن فخرج بعض المبيع مستحقّاً ففسخ المشتري لتبعّض الصفقة طالب الضامن بالثمن كلّه. وردّه في «جامع المقاصد» بأنّ عبارة المصنّف تأبى هذا الحمل، قال: ومع ذلك فالإشكال في وجوب الثمن على الضامن هنا إنّما يتأتّى على تقدير اللزوم لو صرّح بضمانه إذا خرج عيب وردّ به، والمصنّف لا يقول به كما سيأتي. وأيضاً فسيأتي هنا في كلام المصنّف بعد صفحة ردّ كلام الشيخ هذا [٣].

قلت: هو توجيهٌ لا بأس به في دفع التناقض من دون تقادم عهد، وقوله بعده و«الأقرب» قرينة عليه. والعبارة لا تأباه عند التأمّل، وما ذكره لا يدفعه. وقد أخذه هذا المتأوّل من مواضع من «التذكرة والتحرير» وقد فسّر به في «المسالك» عبارة الشرائع في مواضع، فمنها ما قاله في «الشرائع [٤]»: وكذا لو فسخ بعيبٍ سابق. قال في «المسالك»: أي لا يدخل ذلك في ضمان العُهدة ـ إلى أن قال: ـ وربّما قيل بدخول هذا الفرد في الإطلاق وصحّة ضمانه ... إلى آخره [٥]. ومثله المقدّس الأردبيلي في «مجمع البرهان [٦]» حيث فسّر تردّد الشرائع في أرش العيب كما ستسمع، على أنّه هو

(١ و٤) شرائع الإسلام: في ضمان العهدة ج ٢ ص ١١٠.

(٢ و٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٣.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٢.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٣٠٢.

أو أرش العيب.

في «جامع المقاصد» سيعترف بمثل ذلك حيث قال: يصحّ ضمان العُهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش المبيع ـ إلى أن قال: ـ فيكون ضمانه مندرجاً في ضمان عُهدة الثمن [1]. وعبارة «المبسوط [2]» تشهد بذلك، وكم له في إشكالات الكتاب مثل ذلك، فتأمّل جيّداً. ويأتي الكلام في حال الضمان في ما إذا تلف المبيع قبل قبضه وما إذا ظهر بعضه مستحقّاً، فإنّ هذا من سنخ المسألة.

[حكم ضمان المشتري أرش عيب المبيع]

قوله: ﴿أو أرش العيب﴾ هذا معطوف على الثمن، أي يصحّ ضمان العُهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش عيب المبيع كما هو خيرة «الإرشاد [3] وشرحه» لولده [4] و«جامع المقاصد [5]» وكذا «المسالك [6]». وتردّد في «المبسوط [7] والشرائع [8] والتذكرة [9]» وجزم بالعدم في «التحرير [10]».

وجه الصحّة أنّ الأرش جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، فيندرج في ضمان العُهدة، لكنّه مجهول القدر، فيكون مبنيّاً على صحّة ضمان المجهول الّذي يمكن استعلامه أو يختصّ ضمان العُهدة بحكمٍ زائد كما خرج من حكم ضمان الأعيان. وبذلك يفارق الثمن حيث لا يدخل على تقدير الفسخ، لأنّه ـ أي الثمن ـ إنّما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدّم.

(١ و ٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٤.
(٢ و ٧) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٨ و ٣٢٧.
(٣) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠٢.
(٤) شرح الإرشاد للنيلي: في الضمان ص ٥٦ س ١٣ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٢.
(٨) شرائع الإسلام: في ضمان العهدة ج ٢ ص ١١٠.
(٩) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٤٠. (١٠) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٥.

ووجه العدم أنّ الاستحقاق له إنّما حصل بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش، والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الأرش، بل التخيير بينه وبين الردّ، فلم يتعيّن الأرش إلّا باختياره. ولو قيل[1]: إنّه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كأفراد الواجب المخيّر حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هنا بالثبوت قبل اختياره لزم مثله في الثمن، لأنّه قسيمه في ذلك كما نبّهنا على ذلك آنفاً. قال في «المسالك»: والحقّ ثبوت الفرق بينهما فإنّ الثمن إنّما وجب بالفسخ، وأمّا الأرش فإنّه كان واجباً بالأصل، لأنّه عوض جزء فائت من مال المعاوضة، ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء، وإنّما ينتقل إلى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تامّاً[2].

قلت: قد يقال: إنّا لا نسلّم أنّ الأرش واجب بالأصل، وإنّما الحاصل سببه ولا يثبت إلّا باختياره، فكان كالثمن كما أشار إليه هو في قوله. ومحصّل الإشكال يرجع إلى أنّ الأرش هل هو ثابت بالعقد وإنّما يزول بالفسخ والرجوع إلى الثمن أو أنّ سببه وإن كان حاصلاً لا يثبت إلّا باختياره؟ قال: وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم ولم يطالب فهل تبقى ذمّة مَن انتقل عنه المعيب مشغولة له بالأرش أم لا؟[3]

قلت: قد يقال[4]: إنّه إذا لم يعلم تبقى ذمّة الآخر مشغولة على التقديرين لأن كان عالماً بالعيب كاتماً له، وإلّا لزم ذهاب جزء من الثمن من غير عوض، وهو بعيد جدّاً. نعم يبرأ ممّا زاد على أرش عيبه، وتظهر الفائدة فيما إذا علم ولم يطالب فإنّه يحتمل براءة ذمّته وإن كان ثابتاً فيها حيث إنّه لم يختر المطالبة، لأنّه إنّما ثبتت له المطالبة مع العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ، فإذا فعل أحدهما سقطت، ويحتمل عدم براءتها لثبوته بالعقد طالب أم لم يطالب، فليتأمّل جيّداً.

واحتمل في «مجمع البرهان» أن يكون وجه تردّد الشرائع أنّ ضمان عُهدة الثمن

(١ ـ ٣) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٣.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٣٠٣.

ويصحّ ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع، وفي السلعة للمشتري،

لا يشمله إلّا أن يكون مقصوداً ومعلوماً بينهما سواء ذكر ما يدلّ عليه بخصوصه أم لا حيث، قال ـ أي في الشرائع: ـ لأنّ استحقاقه ثابت عند العقد، وفيه تردّد[1].

[في ضمان نقصان الميزان]

قوله: ﴿ويصحّ ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع، وفي السلعة للمشتري﴾ كما في «التذكرة[2]» بالنظر إلى آخر كلامه و«التحرير[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5]» ذكره في أثناء كلامٍ له. وبيان ضمان نقصانها في الأوّل أنّه إذا جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن فاتّهمه البائع فيها فضمنها الضامن عن النقصان، فإذا كانت الصنجة ناقصة صحّ الضمان، لأنّه ضمان العُهدة، فيطالب الضامن بالنقصان. ومنه يعلم حال ضمان نقصانها في السلعة للمشتري، هذا إذا ضمن ذلك صريحاً. وهل يندرج تحت مطلق ضمان العُهدة؟ احتمالان.

والصنجة بفتح الصاد، وبالسين أفصح قاله في «القاموس[6]».

هذا وألفاظ ضمان العُهدة أن يقول الضامن للمشتري: ضمنت لك عُهدته أو ثمنه أو دركه أو خلّصتك منه. ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع لم يصحّ، لأنّه لم يملك المبيع ولا خلاصه إلّا بابتياعه لو ظهر مستحقّاً كما صرّح بذلك في «المبسوط[7] والتذكرة[8] والتحرير[9]». وقال في «مجمع البرهان» بعد أن نقل ذلك عن التذكرة: الظاهر أنّ المراد

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٣٠٢.
(٢) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٢.
(٣ و ٩) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٦ و ٥٥٥. (٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٤.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٢.
(٦) القاموس المحيط: ج ١ ص ١٩٥ مادّة «السنج».
(٧) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٦.
(٨) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٤.

ورداءة الجنس في الثمن والمثمن. والأقرب أنّه لايصحّ ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً وردّه، والصحّة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرطٍ معتبر في البيع أو اقتران شرطٍ فاسدٍ به.

التمثيل، وإلّا فكلّ لفظ يُفهم منه ما يراد من ضمان العُهدة يصحّ ذلك به للمشتري أو للبائع [1]. قلت: ما استظهره هو الظاهر. وقال في «المبسوط»: فمتى أتى بواحدةٍ من هذه الألفاظ صحّ الضمان، لأنّها موضوعة له [2]، انتهى فليتأمّل فيه.

[في ضمان رداءة الجنس]

قوله: ﴿ورداءة الجنس في الثمن والمثمن﴾ كما في «التذكرة [3] وجامع المقاصد [4] والتحرير [5]» بعد تأمّل فيه. ومعناه أنّه لو خرج المبيع رديّاً من غير الجنس الّذي يستحقّه المشتري فردّه على البائع طالب المشتري الضامن بالضرب المستحقّ له. وكذلك الحال في الثمن. ويبقى الكلام في أنّه يندرج تحت مطلق ضمان العُهدة أم لا؟ الظاهر الأوّل لأنّه كما إذا ظهر مستحقّاً.

[في صحّة ضمان الثمن إذا بان فساد العقد]

قوله: ﴿والأقرب أنّه لا يصحّ ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً وردّه﴾ قد تقدّم [6] الكلام فيه مسبغاً.

قوله: ﴿والصحّة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرطٍ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٨.

(٢) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٢.

(٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٤.

(٥) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٦.

(٦) تقدّم في ص ٤١١ ـ ٤١٧ الكلام في ذلك وتقدّم من المصنّف والشارح ما ظاهره الحكم بصحّته عكس ماهنا.

والأقوى صحّة ضمان المجهول كما في ذمّته،

معتبر في البيع أو اقتران شرطٍ فاسدٍ به﴾ يعني أنّ الأقرب الصحّة في هذا الفرض كما هو خيرة «التذكرة[1] والمسالك[2] والروضة[3] والكفاية[4]» وكذا «جامع المقاصد[5]» لأنّ الثمن يجب ردّه على البائع، فأشبه ما لو بان الفساد بالاستحقاق، فكان الحقّ ثابتاً وقت الضمان في الواقع وإن لم يعلم ثبوته ظاهراً، فلا يكون ضمان ما لم يجب. ويحتمل عدم الصحّة، لأنّ هذا الضمان إنّما جوّز للحاجة وإنّما تظهر الحاجة في الاستحقاق، لأنّ التحرّز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن، والتحرّز عن سائر أسباب الفساد ممكن، وأنّ المضمون ليس ثابتاً في الذمّة، لأنّه عينٌ موجودة، غاية ما في الباب أنّها مضمونة على تقدير التلف، فيكون كضمان الأعيان المضمونة، وقد عرفت الحال فيه، بل هذا أبعد، لأنّه وقت الضمان غير معلوم الثبوت، لأنّه إنّما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت. ويدفع ذلك قضاء الضرورة بذلك ومشاركته الاستحقاق في المعنى، وأنّه كثيراً ما يتعذّر على المتعاقدَين أو أحدهما الاطّلاع على صحّة العقد وفساده وقت العقد، فيكون في ذلك مندوحة عن هذا الضرر. وهذا إذا ضمن ذلك صريحاً، ولعلّ الظاهر اندراجه تحت مطلق ضمان العُهدة لمشاركته الاستحقاق في المعنى.

[حكم ضمان المجهول]

قوله: ﴿والأقوى صحّة ضمان المجهول كما في ذمّته﴾ كما في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٤.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٠.
(٣) الروضة البهية: في ضمان العهدة ج ٤ ص ١٢٣.
(٤) كفاية الأحكام: في ضمان العهدة ج ١ ص ٥٩٥.
(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٥.

«المقنعة[١] والنهاية[٢] والكافي والكامل» على ما حكي[٣] عنهما و«المراسم[٤] والغنية[٥] والشرائع[٦] والنافع[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والتبصرة[١٠] والمختلف[١١] والإيضاح[١٢] واللمعة[١٣] والمقتصر[١٤] والتنقيح[١٥] وإيضاح النافع وجامع المقاصد[١٦] والمسالك[١٧] والروضة[١٨] ومجمع البرهان[١٩] والمفاتيح[٢٠]» وهو المحكي[٢١] عن أبي عليّ وعن صاحب[٢٢] الرائع*. وهو الأشهر كما في «كشف الرموز[٢٣] والمسالك[٢٤] والرياض[٢٥]»

* ـ وهو ابن طاووس صاحب «البشرى». (منه).

(١) المقنعة: في ضمان المجهول ص ٨١٥. (٢) النهاية: في الضمان ص ٣١٥.
(٣) الحاكي عنهما ابن فهد في المهذّب البارع: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٥٢٧.
(٤) المراسم: في ضمان المجهول ص ٢٠٠. (٥) غنية النزوع: في ضمان المجهول ص ٢٦٠.
(٦) شرائع الإسلام: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١٠٩.
(٧) المختصر النافع: في ضمان المجهول ص ١٤٢. (٨) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٢.
(٩) إرشاد الأذهان: في ضمان المجهول ج ١ ص ٤٠١.
(١٠) تبصرة المتعلّمين: في ضمان المجهول ص ١١٦.
(١١) مختلف الشيعة: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦٢.
(١٢) إيضاح الفوائد: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٨٦.
(١٣) اللمعة الدمشقية: في ضمان المجهول ص ١٤٤. (١٤) المقتصر: في ضمان المجهول ص ١٩٦.
(١٥) التنقيح الرائع: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١٨٩.
(١٦) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٥.
(١٧ و ٢٤) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ١٩٧.
(١٨) الروضة البهية: في ضمان المجهول ج ٤ ص ١١٤ ـ ١١٥.
(١٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩٥.
(٢٠) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.
(٢١) الحاكي عنه العلّامة في المختلف: ج ٥ ص ٤٦٠.
(٢٢) الحاكي عنه الآبي في كشف الرموز: ج ١ ص ٥٥٨.
(٢٣) الموجود في كشف الرموز التعبير بـ«الأظهر بين الطائفة» ولم يذكر فيه شهرة، إلّا أنّ إضافته إلى الطائفة قرينة على أنّ المراد هو كونه الأشهر بينهم، وهذا ظاهر.
(٢٥) الرياض: في الضمان ج ٨ ص ٥٨٥.

وعليه الأكثر كما في «جامع المقاصد[1] والمفاتيح[2]» وعليه الفتوى كما في «إيضاح النافع» وعليه إجماع الطائفة كما في «الغنية[3]» وروى الأصحاب جواز ذلك كما حكاه كاشف الرموز عن «المبسوط» ولم أجده في نسختين منه. وقال في «كشف الرموز[4]» لو عملنا بهذا يكون عملنا بقول الصادق عليه السلام: خذ ما اشتهر بين أصحابك[5]. وقد تأمّل في «التذكرة[6]» وكذا «التحرير[7]» في فهم ذلك من عبارة النهاية، وليس في محلّه كما اعترف به هو في «المختلف[8]» وغيره[9].

والمخالف الشيخ في «الخلاف[10] والمبسوط[11]» والقاضي في «المهذّب» على ما حكي[12] عنه وابن إدريس قال في «السرائر»: إنّه الصحيح من المذهب وعند المحصّلين من الأصحاب[13]. وفي «كشف الرموز» أنّه أشبه[14]. وقد سمعت كلامه آنفاً. وكأنّه تأمّل في «التحرير» في ظهور عبارة المبسوط في الخلاف. وقال: إنّ عبارة النهاية مشكلة[15]. ولم يرجّح صاحب «الوسيلة[16]» والمصنّف في «التذكرة[17]».

واحتجّوا عليه بأنّ الأصل الصحّة، ولعلّهم أرادوا عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[18]

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٥.

(٢) مفاتيح الشرائع: في ضمان المجهول ج ٣ ص ١٤٣.

(٣) غنية النزوع: ص ٢٦٠.

(٤ و١٤) كشف الرموز: في ضمان المجهول ج ١ ص ٥٥٨.

(٥) بحارالأنوار: ج ٥٧ ج ٢ ص ٢٤٥.

(٦ و١٧) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٤ و٣٢٧ ـ ٣٢٨.

(٧ و٩ و١٥) تحريرالأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٣.

(٨) مختلف الشيعة: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٥٩ ـ ٤٦٠.

(١٠) الخلاف: في ضمان المجهول ج ٣ ص ٣١٩ مسألة ١٣.

(١١) المبسوط: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٣٣٥.

(١٢) الحاكي عنه العلّامة في المختلف: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦٠.

(١٣) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧٢.

(١٦) الوسيلة: في ضمان المجهول ص ٢٨٠.

(١٨) المائدة: ١.

وبعموم قوله تعالى: ﴿وأنا به زعيم﴾ [١] وأشار إلى حمل البعير، والأصل عدم تعيينه، وقوله صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم» [٢] وما رواه عطاء عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك إنّ عليّ دَيناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال: سبحان الله أوَ ما بلغك أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته: مَن ترك ضياعاً فعليّ ضياعه ومن ترك دَيناً فعليّ دينه ومَن ترك مالاً فآكله وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميّتاً ككفالته حيّاً وكفالته حيّاً ككفالته ميّتاً، فقال الرجل: نفّست عنّي جعلني الله فداك [٣]. ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحاً لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار، إذ الباطل لا اعتبار به، وامتنع من الإمام عليه السلام الحكم بأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كافل.

قلت: وينبغي أن يحتجّوا عليه بضمان مولانا عليّ بن الحسين عليهما السلام دَين عبدالله ابن الحسن [٤] وضمانه لدَين محمّد بن اُسامة [٥] فإنّهما ظاهران بل صريحان في عدم معلوميّة الدَين وقدره وكميّته وقت الضمان. وأنت خبير بأنّ محلّ البحث إنّما هو بالنسبة إلى الضمان الّذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه، وظاهر الأخبار الثلاثة أنّه ليس كذلك، فلا تكون هذه الأخبار إلّا صالحة للتأييد. وكذلك الكلام في الآية الشريفة فإنّه متى خصّ محلّ البحث بما ذكرنا لم تكن من ذلك في شيء، لأنّ الظاهر منها إنّما هو ضمان الجعالة، فإن كان محلّ البحث الضمان بقولٍ مطلق تمّ الاستدلال بالآية الشريفة والأخبار، وإن خصّ بما ذكرنا صلحت للتأييد لا للاستدلال.

واحتجّ الشيخ في «الخلاف» بأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله نهى عن الغرر، وضمان المجهول غرر، وبعدم الدليل على صحّته [٦].

---

(١) يوسف: ٧٢.
(٢) مسند أحمد بن حنبل: ج ٥ ص ٢٦٧.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الدَين والقرض ح ٥ ج ١٣ ص ٩٢.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥٢.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥١.
(٦) الخلاف: في ضمان المجهول ج ٣ ص ٣١٩ ـ ٣٢٠ مسألة ١٣.

وأجاب عنه في «المختلف» بأنّما هو في المعاوضات الّتي تفضي إلى التنازع، أمّا مثل الإقرار والضمان فلا، لأنّ الحكم فيها معيّن، وهو الرجوع إلى المقرّ في الإقرار وإلى البيّنة في الضمان، فلا غرر[1].

واعترض بأنّ الغرر لا يزول بقيام البيّنة لجواز قيامها بمال يعجز عنه الضامن، فلو ألزمناه لأدّى إلى ضرره[2]. وأجاب جماعة كالمقداد[3] والقطيفي بأنّ الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه فكان كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه. ولعلّ كلّاً من السؤال والجواب في غير محلّه، إذ لعلّ غرضه في المختلف أنّ الضمان كالجعالة والرهن ونحوهما يحتمل من الغرر ما لا يحتمله البيع والإجارة ونحوهما.

وليعلم أنّه إنّما يصحّ في صورةٍ يمكن العلم به بعد ذلك كقوله: أنا ضامن للدّين الّذي لك عليه، أمّا ما لم يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً ممّا في ذمّته فلا يصحّ قولاً واحداً كما في «التذكرة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]» وبه جمع بين قولي الشيخ صاحب «الرائع» حكاه عنه كاشف الرموز[7] لعدم إمكان العلم به لصدق الشيء على القليل والكثير. وإليه أشار المصنّف بقوله «كما في ذمّته» أي كضمان ما في ذمّته. ونحوه ما في «الشرائع[8]» وغيرها[9]. وعساك تقول: لم لا يصحّ ويلزمه أقلّ ما يقع عليه اسم الشيء؟ لأنّا نقول: ليس هذا هو المضمون، لانتفاء مانعيّته وإن كان بعض أفراده والواجب هو المجهول ووجوب شيء فرع صحّته.

---

(١) مختلف الشيعة: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦١.
(٢ و٣) التنقيح الرائع: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١٩٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٥.
(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٦.
(٦) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٧.
(٧) كشف الرموز: في ضمان المجهول ج ١ ص ٥٥٨.
(٨) شرائع الإسلام: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١٠٩.
(٩) كما في المختصر النافع: في ضمان المجهول ص ١٤٢.

فيلزمه ما تقوم البيّنة على ثبوته وقت الضمان، لا ما يتجدّد، ولا ما يوجد في دفترٍ أو كتابٍ أو يقرّ به المضمون عنه،

قوله: ﴿فيلزمه ما تقوم البيّنة على ثبوته وقت الضمان﴾ كما في «المقنعة[1] والنهاية[2] والمراسم[3]» وأكثر ما تأخّرعنها[4]. وفي «الغنية» الإجماع عليه[5]. وقيّد بوقت الضمان لأنّه الّذي في الذمّة حينئذٍ.

قوله: ﴿لا ما يتجدّد﴾ كما صرّح به في «التحرير[6] والتنقيح[7] وجامع المقاصد[8]» وهو قضية «قولهم يلزمه ما تقوم به البيّنة وقت الضمان» لعدم دخوله في الضمان.

قوله: ﴿ولا ما يوجد في دفترٍ أو كتابٍ﴾ بلا خلاف كما في «التنقيح[9]» وبه صرّح في «المقنعة[10] والنهاية[11]» وغيرها[12] لعدم ثبوته في الذمّة، وإنّما يلزم الثابت فيها خاصّة.

قوله: ﴿أو يقرّ به المضمون عنه﴾ بلا خلاف إلّا من أبي الصلاح[13] وأبي المكارم[14] فيلزمه ما يقرّ به عندهما، وادّعى الثاني عليه الإجماع. ويوهنه مع كونه إقراراً على الغير انحصار القائل به فيهما. نعم استشكل في «التنقيح[15] والمفاتيح[16]».

(١ و ١٠) المقنعة: في ضمان المجهول ص ٨١٥ و٨١٦.

(٢ و ١١) النهاية: في ضمان المجهول ص ٣١٥.

(٣) المراسم: في ضمان المجهول ص ٢٠٠.

(٤) كالسرائر: ج ٢ ص ٧٣، وجامع المقاصد: ج ٥ ص ٣٢٦، والرياض: ج ٨ ص ٥٨٧.

(٥) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠. (٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٢.

(٧ و ٩ و ١٥) التنقيح الرائع: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١٩٠.

(٨) جامع المقاصد: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٣٢٦.

(١٢) كالرياض: في ضمان المجهول ج ٨ ص ٥٨٧.

(١٣) الكافي في الفقه: في ضمان المجهول ص ٣٤٠.

(١٤) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٠.

(١٦) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.

أو يحلف عليه المالك بردّ اليمين من المديون.

نعم إن كان الإقرار سابقاً على الضمان لزم ضمان ما أوجبه الإقرار كما في «المختلف[١]» وغيره[٢]. وعبارة «الغنية» لا تأبى التنزيل على ذلك. وقد يكون مثله ما إذا صرّح في عقد الضمان بذلك.

قوله: ﴿أو يحلف عليه المالك بردّ اليمين من المديون﴾ كما في «الشرائع[٣]» وما تأخّر[٤] عنها. وإنّما استشكل صاحب «المفاتيح[٥]». وفي «المقنعة[٦]» أنّه يلزمه ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد، وقيّده الشيخ في «النهاية» برضا الضامن، قال: فإن حلف ـ أي المضمون له ـ على ما يدّعيه واختاره هو ذلك وجب عليه الخروج منه[٧] ونحوه ما حكي[٨] عن القاضي. فلو حلف المدّعي بسبب الردّ من غير رضا الضامن لزمه على مقتضى قول المفيد دون قول الشيخ.

وفي «المختلف[٩]» أنّ التحقيق أن نقول: إن جعلنا يمين المدّعي كالبيّنة كان له الرجوع على الضامن سواء رضي بيمينه أو لا، وإن جعلناها كالإقرار افتقر إلى رضا الضامن. ووافقه على ذلك صاحب «التنقيح[١٠]».

وفي «جامع المقاصد» أنّ التحقيق أنّ الرضا لا أثر له، إنّما المؤثّر وقوع الردّ

---

(١) مختلف الشيعة: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦٢.
(٢) كالحدائق: في ضمان المجهول ج ٢١ ص ٣٢.
(٣) شرائع الإسلام: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١٠٩ ـ ١١٠.
(٤) كما في التحرير: ج ٢ ص ٥٥٢، والمسالك: ج ٤ ص ٢٢٧، والرياض: ج ٨ ص ٥٨٧.
(٥) مفاتيح الشرائع: في أحكام الضمان ج ٣ ص ١٤٣.
(٦) المقنعة: في ضمان المجهول ص ٨١٥.
(٧) النهاية: في ضمان المجهول ص ٣١٦.
(٨) حكى عنه العلّامة في المختلف: الضمان ج ٥ ص ٤٦٢.
(٩) مختلف الشيعة: الضمان ج ٥ ص ٤٦٢.
(١٠) التنقيح الرائع: في الضمان ج ٢ ص ١٩٠.

منه، قال: ولعلّهم أرادوا بالرضا ذلك[١].

قلت: ولعلّ المفيد أراد بقوله «إلّا أن يحلف على ما يدّعيه» أنّ المضمون له يحلف بردّ الضامن، فتلتئم كلمة المفيد والشيخ وتقييد المصنّف عدم اللزوم بحلف المضمون له بكون الردّ من المديون يعطي ذلك، فإنّه متى كان الردّ من الضامن أو منه ومن المضمون عنه لزم ما يحلف عليه.

واعترض في «جامع المقاصد[٢]» على المختلف بأنّ كون اليمين المردودة كالبيّنة إنّما هي في حقّ رادّ اليمين كما أنّها إذا كانت كالإقرار تكون كإقراره، فلا يلزم الضامن على التقديرين إذا لم يردّ أيضاً. قال في «المسالك»: يمكن دفعه بأنّ البيّنة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن، لأنّ الحقّ يثبت بها مطلقاً بخلاف الإقرار، فإنّه لا يثبت إلّا على المقرّ، فالبناء عليها متّجه[٣].

قلت: كلامهم في باب القضاء بعضه يعطي ما قاله المحقّق الثاني، وبعضه يعطي ما قاله الشهيد الثاني. وممّا يعطي ما قاله الثاني قولهم في الثمرة: إنّه إذا اشترى المدّعي شيئاً من وكيل البائع ثمّ ادّعى عليه فسخه بعيبٍ سابق، وأنكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليمين وردّها على المدعي، فإنّه على القول بأنّها كالبيّنة يردّها ـ أي السلعة ـ على البائع، وعلى الثاني على الوكيل. وقد حقّقنا في باب القضاء أنّه حكم برأسه، وأنّه يجب اعتبار الأدلّة في الفروع الّتي فرّعوها وأنّ تلك التقريبات أشبه بالقياس، وقد أسبغنا[٤] الكلام في ذلك محرّراً.

هذا، وظاهر العبارة وغيرها وصريح التنقيح أنّ الخصومة بين المضمون عنه والمضمون له. قال في «التنقيح»: لو لم تقم البيّنة بشيء من المال وأنكر المضمون عنه

(١ و٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٧ و٣٢٦.

(٣) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٩.

(٤) يأتي في الفصل الثاني من المقصد الثالث من كتاب القضاء ج ١٠ ص ٧٨ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

فتوجّهت عليه اليمين فردّها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا؟ قال الشيخ إلى آخره[1]. وقال في «المسالك»: ولا ما يحلف عليه المضمون له بردّ اليمين من المضمون عنه، لأنّ الخصومة حينئذٍ مع الضامن والمضمون عنه، فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقرّبه. نعم لو كان الحلف بردّ الضامن ثبت ما حلف[2]، انتهى. ونحوه ما في «الروضة[3] والرياض[4]» فظاهر المفيد[5] كما هو صريح «التنقيح[6]» أنّ الخصومة بين المضمون له والمضمون عنه. وقد يظهر من «النهاية» أنّ الخصومة بين الثلاثة[7] كما هو صريح «جامع المقاصد[8] والمسالك[9] والروضة[10]» ويمكن تنزيل كلامهم جميعاً على ما إذا كانت خصومة المضمون له معهما.

ويبقى الكلام في إمكان الفرض مع فرض الجهل من الضامن وهو ممكن في أمثلة كثيرة، منها ما إذا اختلفوا في تشخيص ما في الذمّة كأن يثبت أنّ له عنده مائة، فيقول المضمون عنه والضامن: إنّها مائة درهم، ويقول المضمون له: إنّها مائة دينار، وعلى هذا تلتئم الكلمة ويرتفع الخلاف في المسألة بين المفيد والشيخ بالتنزيل المتقدّم، وبينهما وبين المشهور، لأنّهم يقولون: لابدّ من الردّ من الضامن منفرداً أو مع المضمون عنه. واستبعاد التأويل مع حكاية «الخلاف» يعارضه استبعاد وقوع الخلاف من الشيخين. والتقييد بردّ اليمين من المديون ليخرج ما إذا حلف مع شاهده، فإنّ حاله حال ما إذا قامت البيّنة.

(١ و٦) التنقيح الرائع: في الضمان ج ٢ ص ١٩٠.

(٢ و٩) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٨.

(٣ و١٠) الروضة البهية: في ضمان المجهول ج ٤ ص ١١٥ ـ ١١٧.

(٤) رياض المسائل: في الضمان ج ٨ ص ٥٨٧ ـ ٥٨٨.

(٥) المقنعة: في الضمان ص ٨١٥.

(٧) النهاية: في ضمان المجهول ص ٣١٦.

(٨) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٦.

ولو ضمن ما تقوم به البيّنة لم يصحّ لعدم العلم بثبوته حينئذٍ، ولا ضمنت شيئاً ممّا لك عليه.

[حكم ضمان ما تقوم به البيّنة]

قوله: ﴿ولو ضمن ما تقوم به البيّنة لم يصحّ لعدم العلم بثبوته حينئذٍ﴾ كما في «الشرائع[1] والتحرير[2] والإرشاد[3] والمختلف[4]» حكماً وتعليلاً، وكذا «المبسوط[5] والسرائر[6]» وهو المحكي[7] عن المفيد والتقي. وقضية كلامهم هذا أنّ العلم بالثبوت وقت الضمان شرط في صحّته، وهو ظاهر في غير ضمان العُهدة، بل يمكن فيه على نوع من التأويل، ولا مانع من أن يكون ذلك شرطاً عملاً بالأصل إلّا في موضع اليقين، ولأنّه ضمان ما لم يجب كما في «المختلف[8]» أي ما لم يعلم وجوبه. فيصير الحاصل من الجمع بين كلماتهم: أنّه لو ضمن ما في ذمّته وهو يعلم أنّها مشغولة بشيء لزمه ما قامت عليه البيّنة، وأنّه لو ضمن ما في ذمّته وهو لا يعلم شغلها بشيء لا يصحّ ضمانه ولو قامت البيّنة بأنّها مشغولة بشيء معلوم، فعدم صحّة ضمان ما تقوم به البيّنة بهذه الصيغة إنّما هو لعدم علمه بأنّها مشغولة، فلو قال له: إنّ ذمّتي مشغولة لزيد بمبلغ كثير، فقال له: أنا ضامن ما تقوم البيّنة به له عليك صحّ الضمان ولزم.

وقال المحقّق الثاني: لو قال بعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في الذمّة

(١) شرائع الإسلام: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١١٠.
(٢) تحرير الأحكام: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٥٥٢.
(٣) إرشاد الأذهان: الضمان ج ١ ص ٤٠١.
(٤) مختلف الشيعة: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦٣.
(٥) المبسوط: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٣٣٥.
(٦) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧٣.
(٧) الحاكي هو العلّامة في المختلف: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦٣.
(٨) مختلف الشيعة: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦٣.

لكان أولى، وتخرج العبارة على أنّ المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان[1].

وتبعه على ذلك صاحب «المسالك[2]» وقال: إنّ تعليل الشرائع ـ وهو كتعليل الكتاب كما عرفت ـ لا يخلو عن قصور، لأنّه يدلّ على أنّه لو ضمن بهذه الصيغة ـ يعني قوله: أنا ضامن ما تقوم به البيّنة ما علم ثبوته وقته أي الضمان ـ يصحّ، وأنّه لو لم يعلم وضمن كلّ ما ثبت في ذمّته وقت الضمان لم يصحّ، والأمر بالعكس، فالصحيح في التعليل أن يقال: إنّ هذه الصيغة أعمّ من أن تثبت في الذمّة حين الضمان وما يتجدّد بعده، وإنّما يصحّ لو ثبت حينه، والعامّ لا دلالة له على الخاصّ.

وفيه نظر من وجوه:

الأوّل: أنّ كلام المحقّق الثاني الّذي هو الأصل في ذلك قابلٌ للتنزيل على ما قلناه، فيصير معنى كلامه لعدم دلالة عقد الضمان على ضمانه ما علم ثبوته في الذمّة ويكون معنى قوله «وتخرج العبارة إلى آخره»: أنّ المراد لعدم دلالة الصيغة على علمه بثبوت ما قامت به البيّنة في الذمّة. وأمّا على ما فهمه منه في «المسالك» يصير المعنى: لعدم علمنا بدلالة الصيغة على إرادة ثبوت ما قامت به البيّنة في الذمّة حين الضمان لا ما يتجدّد. وفيه من التكلّف الشديد والتقدير الكثير ما لا يخفى.

الثاني: وهو وارد عليهما أنّ ظاهر التعليل ما تقدّم لما تقدّم مؤيّداً بالعقل، وكون الأمر بالعكس غير مسلّم، بل عكس العكس هو ما ذكره الأصحاب، ولا باعث لصرف عباراتهم عن ظاهرها وتحميلها لما يتجدّد.

الثالث: أنّا نقول بناءً على ما تقول ـ إن تمّ ـ: إنّ المطلق ينصرف إلى الصحيح لا غير، لأنّه المتبادر لا ما يتجدّد خصوصاً مع القرينة، فتأمّل جيّداً.

هذا، وقد نقل في «المبسوط» عن قوم أنّه يصحّ أن يضمن ما تقوم به البيّنة

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٧.

(٢) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٩.

دون ما يخرج به دفتر الحساب، ثمّ قال: ولست أعرف به نصّاً[1]. وجاء العجلي مستعجلاً فقال في «السرائر»: إذا لم يعرف بصحّة ضمان ما تقوم به البيّنة نصّاً من أين أورده في نهايته[2]؟ وأطال في الكلام عليه في سوء أدب. والظاهر أنّ ما في «المبسوط» غير ما في «النهاية» لأنّه في المبسوط قسّم ضمان المجهول إلى غير واجب كضمنت لك ما تعامل فلاناً، ثمّ قال: والمجهول الّذي هو واجب مثل أن يقول: أنا ضامن لما يقضي به القاضي على فلان، أو: ما تشهد لك البيّنة من المال عليه، أو: ما يكون مثبتاً في دفترك، وهذا لا يصحّ، لأنّه مجهول وإن كان واجباً في الحال. وقال قوم من أصحابنا: إنّه يصحّ[3] إلى آخر ما سمعته آنفاً. والظاهر أنّ مراده أنّه ضمن بهذه الصيغة ولم يعلم الضامن ثبوته في الذمّة وإن كان ثابتاً في الواقع، فبطلانه عنده لمكان الجهالة الموجبة للغرر كما مرّ.

وكلامه في «النهاية» نصّ أو ظاهر فيما عليه المفيد والمشهور من أنّه إذا ضمن له ما في ذمّته أنّه يلزمه ما تقوم البيّنة على ثبوته وقت الضمان، لأنّه الّذي في ذمّته حينئذٍ، وهو الّذي فهمه منه الجماعة وحكوه عنه كما مرّ مفصّلاً. وإنّما استشكل فيه في «التحرير»، فتكون المسألتان مختلفتين موضوعاً وحكماً. قال في «النهاية»: ولو قال: أنا أضمن ما ثبت لك عليه إن لم آت به في وقت كذا ثمّ لم يحضره وجب عليه ما قامت به البيّنة للمضمون عنه[4] إلى آخره. نعم لو كان في النهاية «يثبت» مكان «ثبت» كما في نسختين منها اتّجه كلام ابن إدريس.

(١ و٣) المبسوط: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٣٣٥. (٢) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧٣.

(٤) الموجود لدينا من نسخة النهاية: ص ٣١٥ هو «يثبت» وعليه فإيراد ابن إدريس حسب ما أقرّ به الشارح ﷺ وارد. هذا ولكنّ الفرق بين كلمتي الماضي والاستقبال مع أنّ مادّة الثبوت هو الاستقرار والقبول في أنّ الأوّل بمعنى العلم والثاني بمعنى الأعمّ منه والبيّنة، مجرّد دعوى بلا برهان، مضافاً إلى أنّ المتبادر إلى الذهن من العبارة معنى واحد وهو ما قامت به البيّنة بعد ذلك، فلو منع منع مطلقاً ولو قبل قبل مطلقاً. فالأولى أنّ الاشكال لو كان وارداً لكان وارداً على كلا اللفظين، وإلّا فلم يكن وارداً أصلاً، فراجع وتأمّل.

ويصحّ الإبراء من المجهول.

والعجب من المصنّف في «المختلف» أنّه لم ينبّه على ما ذكرنا، وأجاب بأنّ عدم النصّ لا يقتضي عدم الدليل، لعدم انحصار الدليل في النصّ، لجواز أن يكون شيئاً مستنبطاً من النصّ أو دليلاً عقليّاً، وجاز أن يقف عليه بعد ذلك [1] إلى آخره. وأنت خبير بأنّ النهاية متون أخبار وأنّ تصنيف المبسوط بعدها كما نصّ على الأمرين في خطبة «المبسوط [2]» فلا يصحّ الجوابان الأخيران، وكأنّ نسخته فيها «يثبت» مكان «ثبت» وإذا كان كذلك لا يصحّ منه اختيار مذهب النهاية أوّلاً والاستدلال عليه، وقوله بعد ذلك بثلاث مسائل: إنّه لا يصحّ ضمان ما تقوم به البيّنة حيث لا يعلم ثبوته وقت الضمان لأنّه ضمان ما لم يجب، فتأمّل جيّداً.

[في صحّة الإبراء من المجهول]

قوله: ﴿ويصحّ الإبراء من المجهول﴾ عندنا كما في «التذكرة» قال: لأنّه إسقاط عمّا في الذمّة، بل هو أولى من ضمان المجهول، لأنّ الضمان التزام والإبراء إسقاط [3]. قلت: غرضه أنّه مبنيّ على الغبن والمسامحة، إذ هو إسقاط محض بلا عوض. وفي «جامع المقاصد» أنّه لابدّ من قصده إلى الإبراء من المجموع قليلاً كان أو كثيراً، فلو ظنّ قلّته فبان كثيراً لم يقع، فعلى هذا لو عرف مَن عليه الحقّ قدره عرّفه صاحبه، فإن لم يفعل وأبرأه منه كائناً مّا كان فإنّه يبرأ، وإلّا ففيه تردّد [4].

ويرشد إلى ذلك أنّه ذكر في «التذكرة» في تذنيب للمسألة أنّه لو اغتاب شخص

---

(١) مختلف الشيعة: في ضمان المجهول ج ٥ ص ٤٦١.

(٢) المبسوط: مقدّمة المؤلّف ج ١ ص ٢ و٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٥.

(٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٧.

غيره ثمّ جاء إليه وقال: إنّي اغتبتك فاجعلني في حلّ ففعل وهو لا يدري بما اغتابه فللشافعية وجهان، أحدهما: أنّه يبرأ، لأنّ هذا إسقاط محض، كما لو عرف أنّ عبداً قطع عضواً من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعفا عن القصاص صحّ. والثاني: لا يصحّ، لأنّ المقصود حصول رضاه، والرضا بالمجهول لا يمكن، والعفو عن القصاص مبنيّ على التغليب، وإسقاط المظالم غير مبنيّ عليه [1]. ولم يرجّح أحد القولين في التذكرة ولعلّ تفصيل المحقّق الثاني المتقدّم متّجه هنا. ولعلم الهدى [2] كلام في نحو المقام، وقضيّته أنّه لابدّ من بيان الحقّ في الجملة كأن يقول: إنّي اغتبتك في عرضك أو نحو ذلك.

وهل هو محض إسقاط أو تمليك؟ ظاهر التذكرة إجماعنا على أنّه إسقاط لا تمليك، فلو كان له دَين على اثنين فقال: أبرأت أحدكما، فعلى قولنا بأنّه إسقاط يصحّ ويطالب بالبيان، وعلى القول بأنّه تمليك لا يصحّ، كما لو كان في يد كلّ واحدٍ منهما ثوب فقال: ملّكت أحدكما الثوب الّذي في يده. ومنه يُعلم ما إذا قال: أبرأت بعض الدَين الّذي عليك وعلى التقديرين لا يحتاج إلى القبول، لأنّه وإن كان تمليكاً لكنّ المقصود منه الإسقاط.

وقد اتّفق الفقهاء على بطلان الإبراء عمّا ليس ثابتاً في الذمّة، وإنّما صحّ في المتطبّب والمتبيطر للضرورة. ولهم إشكال واختلاف فيما إذا عفا عن سراية الجناية. وقد بيّنّا ذلك كلّه في باب القصاص [3] وقد بيّنّا هناك أنّ العفو والإبراء بمعنى واحد، وقد عبّر عن الإبراء بالتصدّق في الكتاب المجيد كقوله جلّ اسمه ﴿وأن تصدّقوا خيرٌ لكم﴾ [4] وعبّر عن العفو بالتصدّق كقوله جلّ شأنه ﴿فمن تصدّق به فهو كفّارة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٧.
(٢) لم نعثر على كلام علم الهدى، فراجع لعلّك تجده.
(٣) يأتي في ج ١٠ ص ١٥٥ (من الطبعة الرحلية) الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.
(٤) البقرة: ٢٨٠.

ولو قال:ضمنت من واحدٍ إلى عشرةٍ احتُمل لزوم العشرة وثمانية، وتسعة باعتبار الطرفين.

له﴾[1]. والإبراء لا يقبل التعليق إلّا إذا كان مقوّماً له كما إذا قال: إذا كان له عليك دَين فقد أبرأتك منه.

[فيما لو ضمن من الواحد إلى العشرة]

قوله: ﴿ولو قال:ضمنت من واحدٍ إلى عشرةٍ احتُمل لزوم العشرة وثمانية، وتسعة باعتبار الطرفين﴾ أصل الضمان صحيح كما في «التذكرة[2] والتحرير[3]» لأنّا إن أبطلنا ضمان المجهول فإنّما هو للغرر، ومع بيان الغاية ينتفي الغرر، فينتفي المقتضي للفساد، فيبقى أصل الصحّة سالماً عن المعارض، لأنّه حيث وطّن نفسه على تلك الغاية لم يبق غرر، فتأمّل. وعلى القول بصحّة ضمان المجهول فالوجه واضح.

وحيث قلنا بالصحّة وكان عليه عشرة أو أكثر فيحتمل أن تلزمه العشرة إدخالاً للطرفين كما هو المتعارف، يقال: أعط من واحد إلى عشرة، وخذ من واحد إلى عشرة، وإن تلزمه ثمانية إخراجاً للطرفين، لأنّ المشهور عند الأُصوليّين خروج الغاية وخروج الابتداء إذا كان مدخولاً لـ«من»، وأن تلزمه تسعة إدخالاً للطرف الأوّل، لأنّه مبدأ الالتزام، أو إخراجاً له لأنّه مقرون بـ«من» وإدخالاً للطرف الثاني، لأنّ الغاية في مثل هذا تدخل عرفاً.

أمّا لو قال: ضمنت لك ما بين درهم وعشرة، فإن عرف أنّ دَينه لا ينقص عن عشرة صحّ ضمانه وكان ضامناً لثمانية، وإن عرف نقصانه ضمن الثمانية فما دون.

وأمّا إذا قال: ما بين واحد إلى عشرة كما قال عليه السلام في النزح: «ما بين الثلاثين

---

(١) المائدة: ٤٥. (٢) تذكرة الفقهاء: في الحقّ المضمون به ج ١٤ ص ٣٢٧.

(٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٦.

(المطلب الثاني) في الأحكام:

الضمان ناقلٌ وإن لم يرض المديون، فلو أبرأه المستحقّ بعده لم يبرأ الضامن،

إلى الأربعين»[١] فلا يجوز أن يراد بـ«بين» الوسط فقط، لأنّه لابدّ من تقدير معادل. على أنّه لو اُريد به ذلك وقلنا إنّ الأطراف خارجة كان الواحد خارجاً قطعاً، والطرف الثاني ما فوق الواحد يكون خارجاً لأنّه طرف وداخلاً من حيث إنّه وسط، وهو كما ترى، فلابدّ من أن يراد بـ«بين» الأطراف والوسط، فيصير المراد: ضمنت ما فوق الواحد منتهياً إلى العشرة، فإن دخلت الغاية كان المضمون تسعة وإلّا فثمانية، فتأمّل.

﴿المطلب الثاني: في الأحكام﴾

[في أنّ الضمان ناقل وإن لم يرض المديون]

قوله: ﴿الضمان ناقلٌ وإن لم يرض المديون﴾ بدليل إجماع الطائفة كما في «الغنية[٢]» وعند علمائنا أجمع كما في «التذكرة[٣]» ووافقنا من العامّة[٤] ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور. وقال الشافعي والباقون: هو بالخيار في مطالبة أيّهما شاء. وخبر[٥] ضمان أمير المؤمنين عليه‌السلام وخبر[٦] ضمان أبي قتادة يدلّان على ذلك، وخبر عطاء[٧] عن الباقر عليه‌السلام صريح في ذلك، وقد تقدّم[٨] ذلك كلّه.

قوله: ﴿فلو أبرأه المستحقّ بعده لم يبرأ الضامن﴾ لأنّ الحقّ سقط

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب الماء المطلق ح ١ ج ١ ص ١٤١.

(٢) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١. (٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٤٢.

(٤) المجموع: في الضمان ج ١٤ ص ٢٤، والمغني لابن قدامة: في الضمان ج ٥ ص ٧٠.

(٥) سنن الدار قطني: ح ٢٩١ ج ٣ ص ٧٨. (٦) سنن أبي داود: ح ٣٣٤٣ ج ٣ ص ٢٤٧.

(٧) تهذيب الأحكام: في الكفالات والضمانات ح ٤٩٤ ج ٦ ص ٢١١.

(٨) تقدّم في ص ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

ولو أبرأالضامن برئا معاً. ولوضمنالحالّ مؤجّلاًتأجّل. وليس للضامن مطالبة المديون قبل الأداء، وإذا مات الضامن حلّ، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل،

عن ذمّة الأصيل، فلا يصادف الإبراء استحقاقاً فلا يكون صحيحاً.

قوله: ﴿ولو أبرأ الضامن برئا معاً﴾ عند علمائنا كما في «التذكرة[1]» لأنّ الضمان عندنا ناقل للدَين من ذمّةالأصيل إلى ذمّةالضامن. وليس للضامنأن يرجع على المضمون عنه إلّا بما أدّاه، فإذا سقط الدَين عنه لم يؤدّ شيئاً فلم يرجع بشيء، فيبرئان معاً.

قوله: ﴿ولو ضمن الحالّ مؤجّلاً تأجّل﴾ هذا هو الموضع المتّفق على جوازه كما في «المسالك[2]» وقد تقدّم[3] بيان ذلك وأعاده لينبّه على حكم المطالبة.

قوله: ﴿وليس للضامن مطالبة المديون قبل الأداء﴾ لأنّه إذا ضمن حالاًّ فليس له المطالبة إلى أن يؤدّي، فهنا أولى.

[فيما لو مات الضامن]

قوله: ﴿وإذا مات الضامن حلّ، ولورثته مطالبةالمضمون عنه قبل الأجل﴾ قد تقدّم[4] أنّ الميّت يحلّ ما عليه من الديون المؤجّلة بموته، وهذا من جملة أفرادها، فإذا ضمن الحالّ مؤجّلاً ثمّ مات قبل الأجل حلّ ما عليه من مال الضمان وأخذ من تركته، وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه، لأنّ الدَين عليه حالّ،

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٤٦.

(٢) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٨٤.

(٣) تقدّم في ص ٣٥٤.

(٤) تقدّم في ص ٢١٢ ـ ٢١٥.

ولو كان الأصل مؤجّلاً لم يكن لهم ذلك.

ولو مات الأصيل حينئذٍ خاصّة حجر الحاكم من التركة بقدر الدَين

لأنّ المؤجّل هو الدَين الّذي في ذمّة الضامن لا الّذي في ذمّته إلّا أنّ الضامن لا يستحقّ الرجوع إلّا بالأداء، ولمّا كان موته مقتضياً لحلول دَينه فإذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه. ومثله ما لو دفع الضامن إلى المضمون له الحقّ قبل الأجل باختياره فإنّ له مطالبة المضمون عنه، كما نبّه على ذلك في «المبسوط[1] والتحرير[2] والتذكرة[3]» وصرّح به كلّه في «جامع المقاصد[4] والمسالك[5]» والوجه في الجميع واضح.

قوله: ﴿ولو كان الأصل مؤجّلاً لم يكن لهم ذلك﴾ أي لو كان الدَين مؤجّلاً على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فإنّه بحلوله عليه بموته لا يحلّ على المضمون عنه، لأنّ الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر، كما لا يحلّ المؤجّل لو ضمنه الضامن حالّاً بإذنه كما سبق. وبذلك صرّح في «المبسوط[6] والتذكرة[7] والتحرير[8]».

[فيما لو مات المضمون عنه]

قوله: ﴿ولو مات الأصيل حينئذٍ خاصّة حجر الحاكم من التركة بقدر الدَين﴾ لو مات المضمون عنه فلا عبرة بموته هنا من جهة الحلول وعدمه والمطالبة وعدمها إذا لم يؤدّ الضامن، وأنّ هناك حكمٌ آخر وهو التحجير على الوارث بقدر الدَين ومنعه من التصرّف فيه حذراً من أن يضيع على الضامن ما يؤدّيه بعد

(١ و٦) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٤. (٢ و٨) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٩.

(٣ و٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٤٧ و٣٤٨.

(٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٩.

(٥) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٨.

فإن تلف فمن الوارث كما أنّ النماء له. ثمّ الضامن إن تبرّع لم يرجع على المديون وإن أذن له في الأداء،

الحلول، فيضعه الحاكم عند ثقة حتّى يحلّ الأجل.

قوله: ﴿فإن تلف فمن الوارث كما أنّ النماء له﴾ لأنّ المفروض أنّ الدين لم يستوعب التركة وإلّا لكان النماء على حكم مال الميّت عندنا، وقد تقدّم[1] الكلام في ذلك مستوفى في باب الرهن.

[في رجوع الضامن إلى المديون]

قوله: ﴿ثمّ الضامن إن تبرّع لم يرجع على المديون وإن أذن له في الأداء﴾ أحكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة إلى كون الضمان والأداء معاً بإذن المديون أو أحدهما أو عدم الإذن فيهما أربعة، وقد نبّه المصنّف عليها كلّها، وذكر هنا قسمين: ضمانه بغير إذنه وأداؤه بغير إذنه، وضمانه بغير إذنه وأداؤه بإذنه والحكم أن لا رجوع له عليه في القسمين عند علمائنا أجمع كما في «المسالك[2] والمفاتيح[3]» وعند علمائنا كما في «التذكرة[4]» وكذا «جامع المقاصد[5]». وقال في «الغنية[6]»: ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بما ضمنه إذا ضمن بغير إذنه ثمّ ادّعى الإجماع عليه. وهو بإطلاقه يتناول القسمين. ونحوه في ذلك الإجماع الظاهر من «نهج الحقّ[7]».

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٩.

(٢) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٩.

(٣) مفاتيح الشرائع: فيما يرجع الضامن على المضمون عنه ج ٣ ص ١٤٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٣.

(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٠.

(٦) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١.

(٧) نهج الحقّ وكشف الصدق: ص ٤٩٤.

وإلّا رجع بالأقلّ من الحقّ وما أدّاه وإن أبرأ، ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الأداء.

وفي «الرياض[١]» نفى وجود الخلاف في القسمين. وفي «السرائر[٢]» نفى الخلاف عن الأوّل.

واستدلّ عليه في «الخلاف[٣]» وغيره[٤] بأنّه لو كان الدَين باقياً لم تبق فائدة في ضمان أمير المؤمنين عليه‌السلام وأبي قتادة عن الميّت من جهة صلاته صلى‌الله‌عليه‌وآله وحصول التبريد وفكّ الرهان، مضافاً إلى أصالة البراءة. واستدلّ عليه في «السرائر[٥]» أيضاً بأنّه قد قضى دَين غيره بغير إذنه فلا يرجع عليه، وعلى الثاني بأنّه التزم وضمن متبرّعاً وانتقل المال إلى ذمّته فلا تأثير لإذنه في القضاء عنه، لأنّ ما قضاه بعد الضمان إنّما هو عن نفسه لا عن غيره، لأنّه واجب عليه دونه.

قوله: ﴿وإلّا رجع بالأقلّ من الحقّ وما أدّاه، وإن أبرأ، ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الأداء﴾ أي وإن لم يتبرّع بالضمان بل ضمن بسؤاله وأمره، وتحته قسمان يندرجان في العبارة بوصليّة قوله «وإن لم يأذن» بقوله «وإلّا رجع»: الأوّل أن يؤدّي بإذنه، والثاني أن يؤدّي بغير إذنه، وفيهما يرجع عليه، لكنّه إنّما يرجع بأقلّ الأمرين من الحقّ المضمون وما أدّاه.

أمّا رجوعه في القسمين ففي «الغنية[٦] والتذكرة[٧] والمسالك[٨] والمفاتيح[٩]»

---

(١) رياض المسائل: في ضمان المجهول ج ٨ ص ٥٨٤ ـ ٥٨٥.

(٢) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧١. (٣) الخلاف: الضمان مسألة ٥ ج ٣ ص ٣١٦.

(٤) نهج الحق وكشف الصدق: ص ٤٩٤. (٥) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧١ و ٧٢.

(٦) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦١.

(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٣ و ٣٥٧.

(٨) مسالك الأفهام: في شرائط الضامن وأحكامه ج ٤ ص ١٨٩.

(٩) مفاتيح الشرائع: فيما يرجع الضامن على المضمون عنه ج ٣ ص ١٤٥.

الإجماع عليه. ونحوه الإجماع الظاهر من «الكفاية[1]» حيث نسبه إلى الأصحاب. وفي «الرياض[2]» نفي الخلاف عن القسمين. وفي «السرائر[3]» نفي الخلاف عن القسم الأوّل.

ويدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة[4] عن الحسين بن خالد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: قول الناس: الضامن غارم. قال: فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على مَن أكل المال. وهو ظاهر في الرجوع محمول على ما إذا كان الضمان بإذن المضمون عنه، وما رواه الشيخ[5] بإسناده عن عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح عليه، قال: ليس له إلّا الّذي صالح. ورواه الكليني[6] عن عمر بن يزيد في الموثّق، ورواه ابن إدريس في مستطرفات «السرائر[7]» من كتاب عبدالله بن بكير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح على بعض ما ضمن عنه، قال: ليس له إلّا الّذي صالح عليه. وهو ظاهر في الرجوع محمول على الإذن في الضمان، مضافاً إلى ما أرسله في «السرائر[8]» حيث قال: وردت به الأخبار عن الأئمّة الأطهار صلّى الله عليهم آناء الليل وأطراف النهار.

وقد تأمّل المولى الأردبيلي[9] فقال: الإذن في الضمان لا يدلّ على قبول أداء العوض بشيء من الدلالات، والأصل عدمه إلّا أن تدلّ قرينة حال أو مقال على ذلك كما في لزوم الاُجرة على مَن أمر شخصاً بفعلٍ له أجرة عادةً. ولهذا قال في

---

(١) كفاية الأحكام: في ضمان المجهول ج ١ ص ٥٩٥.
(٢) رياض المسائل: في ضمان المجهول ج ٨ ص ٥٨٤ ـ ٥٨٥.
(٣) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧١.
(٤) الكافي: ح ٥ ج ٥ ص ١٠٤، تهذيب الأحكام: ح ٤٨٥ ج ٦ ص ٢٠٩، من لا يحضره الفقيه: ح ٣٤٠٢ ج ٣ ص ٩٦، وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب الضمان ح ١ ج ٣ ص ١٤٩.
(٥) تهذيب الأحكام: ح ٤٩٠ ج ٦ ص ٢١٠.
(٦) الكافي: ح ٧ ج ٥ ص ٢٥٩، وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥٣.
(٧ و٨) السرائر: المستطرفات ج ٣ ص ٦٣٢، وفي ضمان المجهول ج ٢ ص ٧١.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٢٩١.

التذكرة: لو قال: أعط فلاناً ألفاً ففعل لم يرجع، وكذا لو قال: أعتق عبدك أو ألق متاعك في البحر عند خوف الغرق، إلّا أن يضمّ إليه ما يدلّ على قبول العوض مثل قوله «عنّي» في الأوّلين و«عليّ ضمانه» في الثالث. ثمّ قال: ولي في اللزوم مع انضمام قوله «عنّي» أيضاً تأمّل وإن قالوه إلّا أن ينضمّ إليه قرينة. ويعلم من التذكرة الإجماع على الرجوع مع الإذن في مجرّد الضمان فتأمّل، انتهى. وكلامه ناشٍ عن عدم وقوفه إلّا على إجماع التذكرة وعدم وقوفه على الأخبار المذكورة.

وليعلم أنّه لا فرق في ذلك بين أن يقول المضمون عنه: اضمن عنّي، أو: انقد عنّي، أو قال: انقد، أو: اضمن، كما هو صريح «التحرير[1]» وظاهر الباقين. ويأتي لهم في باب الجعالة[2] فيمن استدعى الردّ ولم يبذل أُجرة ما يشهد للمولى الأردبيلي.

وأمّا أنّه يرجع بأقلّ الأمرين من الحقّ المضمون وما أدّاه فهو الّذي صرّح به في «المبسوط[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والتذكرة[8] والمختلف[9] واللمعة[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] والروضة[13] ومجمع البرهان[14]»

(١ و٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦١.

(٢) يأتي في ج ٦ ص ١٩٨ من الطبعة الرحلية والّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع عشر.

(٣) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٣١.

(٤) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧١.

(٥) شرائع الإسلام: في ضمان المجهول ج ٢ ص ١١١.

(٧) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.

(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٩.

(٩) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٩.

(١٠) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

(١١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٠.

(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٦.

(١٣) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٣١.

(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٢٩٢.

وغيرها[1]. وهو المشهور كما في «المختلف[2] والمفاتيح[3]». وقال في «الكفاية[4]»: قالوا. وبه وردت الأخبار عن الأئمّة الأطهار صلوات الله عليهم أجمعين كما في «السرائر» وعدّ من ذلك خبر عمر بن يزيد وقال: إنّ المضمون عنه جعل الضامن كالوكيل في قضاء دَينه، فإن لم يكن وكيلاً على الحقيقة فهو كالوكيل، فلا يرجع الوكيل على موكّله إلّا بما غرمه وصالح عليه فحسب، فأمّا إن كان زائداً على مقدار الدّين فلا يلزمه بغير خلاف وإن كان على مذهبنا أنّ المال قد انتقل إلى ذمّة الضامن إلى آخر ما قال[5]. وفي «المسالك» الضابط أنّه يرجع بأقلّ الأمرين في كلّ موضع له الرجوع. ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الّذي أدّاه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له أو غيره خلافاً لبعض العامّة[6]، وظاهره الإجماع على ذلك.

ووجهه أنّه إذا كان الحقّ أقلّ فلأنّه هو الواجب أداؤه من غير زيادة، فالزيادة تبرّع، وإذا كان ما أدّاه أقلّ من الحقّ فلأنّ الضامن إنّما يرجع بعد الأداء فلا يرجع بما لم يؤدّه. ويؤيّده أنّ الضمان موضوع للإرفاق والرجوع بأكثر ممّا دفع منافٍ له. والأصل في ذلك النصوص[7] الناطقة بأنّه ليس له إلّا الّذي صالح عليه، وهي مبنية على أنّه أقلّ الأمرين كما هو الغالب والظاهر من المصالحة، وإلّا فلو كان ذلك قدر الحقّ كان أداءً للدّين ولا يحتاج إلى صلح.

والمخالف إنّما هو أبو عليّ فيما حكي[8] عنه من أنّه إن صالح قبل وجوب

---

(١) كالجامع للشرائع: في الضمان ص ٣٠٢.

(٢) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٩.

(٣) مفاتيح الشرائع: فيما يرجع الضامن على المضمون عنه ج ٣ ص ١٤٥.

(٤) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٦.

(٥) السرائر: في ضمان المجهول ج ٢ ص ٧١ و٧٢.

(٦) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٦.

(٧) تقدّمت الإشارة إليها في ص ٤٤٣.

(٨) حكى عنه العلّامة في المختلف: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٩.

الحكم على الضامن بالمال الّذي ضمنه لم يكن له إلّا قيمته أو قدر ما أعطاه، وإن كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع بأصل الحقّ. والحكم في كلامه عبارة عن المطالبة والحكم عليه بوجوب الدفع، وهو شاذّ مخالف للأخبار والاعتبار والاُصول، مع عدم الدليل على الزائد، لاختصاص الفتاوى والإجماعات والأخبار بما أدّاه خاصّة، ولا أجد خلافاً في أنّه لو ضمن عشرة فأدّى خمسة وأبرأه ربّ المال عن الباقي لم يرجع إلّا بالخمسة وتسقط الخمسة الاُخرى عن الأصيل. وظاهر «التذكرة[1] والمسالك[2]» الإجماع عليه حيث قالا فيهما: عندنا، ولا في أنّه لو أبرأه من الجميع فلا رجوع له بشيء أصلاً، ولا في أنّه إذا أدّى عرضاً رجع بأقلّ الأمرين من قيمته ومن الحقّ، سواء رضي المضمون له به عن الحقّ من غير عقد أو بصلح.

وقد قرّب جماعة منهم المصنّف في «التذكرة[3]» بأنّه لو أدّى الضامن جميع الدَين ثمّ وهبه الدَين بعد الدفع إليه كان له الرجوع عليه.

ثمّ عد إلى عبارة الكتاب فقوله «وإن اُبرأ» فهو بصيغة المجهول أي أبرأه المضمون له، وقوله «وإن لم يأذن له في الأداء» متّصل وصلي لقوله «وإلّا رجع بالأقلّ» وما بينهما من قوله «ولو أبرأ من الجميع» معترض[4].

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٦١ و٣٦٢.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٦.

(٤) ظاهر عبارة المصنّف هنا مبهمٌ غير واضح الدلالة، وقد فسّرها الشارحان ـ أي العاملي والكركي ـ بأنّ قوله «وإن لم يأذن له في الأداء» متعلّق بقوله «وإلّا رجع بالأقلّ ... «ولعلّ ما ألجأهما إلى هذا التفسير انسجام المعنى بناءً على ذلك فإنّ المعنى حينئذٍ يصير هكذا: وإن لم يتبرّع الضامن بضمانه بل كان ضامناً بإذن المضمون عنه وجعله، رجع بالأقلّ وإن لم يأذن له المضمون عنه في الأداء، أي يحلّ له الرجوع في ذلك أذِنَ المضمون عنه بأدائه أو لم يأذن. هذا، ولكنّ العبارة حينئذٍ تصير غير منسجمة من جهةٍ اُخرى، وهي أنّها حينئذٍ أوّلاً تبيّن فرعاً غير مرتبط بأصل الفرع وهو عدم تبرّع الضامن في ضمانه، وثانياً توجب الفصل بين القيد ومقيّده بما لا يجوز، حيث إنّه يوجب اختلاط المعنى على الناظر، ولا ضرورة في هذا الفصل أصلاً حتّى يقال بتجويزه.

ويصحّ ترامي الضمان، ودوره،

[في صحّة ترامي الضمان ودوره]

قوله: ﴿ويصحّ ترامي الضمان﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والمفاتيح[8] والكفاية[9] ومجمع البرهان[10]» وفي الأخير: أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه عند الأصحاب. وفي «المسالك[11]» لا شبهة في جوازه ما أمكن، لإطلاق النصّ وعدم المانع لتحقّق الشرط وهو ثبوت المال في ذمّة المضمون، وهو هنا كذلك، ويرجع كلّ ضامن بما أدّاه على مضمونه لا على الأصيل إذا ضمن بإذنه إلى آخر ما يعتبر، ثمّ يرجع الضامن الأوّل على الأصيل بالشرط. ولا عبرة بإذن الأصيل للثاني ومن بعده في الضمان فلا يرجع عليه به، إذ لا حقّ عليه إلّا أن يقول له: اضمن عنه ولك الرجوع عليّ، فتأمّل.

قوله: ﴿ودوره﴾ كما في «السرائر[12] والتحرير[13] والمختلف[14] والحواشي[15]

---

(١) المبسوط: الضمان ج ٢ ص ٣٢٩.
(٢) شرائع الإسلام: الضمان ج ٢ ص ١٠٩.
(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٧٩.
(٤ و١٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦٠.
(٥) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠١.
(٦) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣١.
(٧ و١١) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٦.
(٨) مفاتيح الشرائع: في صحّة الضمان عن الضامن ج ٣ ص ١٤٧.
(٩) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٥.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٢٩٤.
(١٢) السرائر: في الضمان ج ٢ ص ٧٣.
(١٤) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠.
(١٥) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

واشتراط الأداء من مالٍ بعينه، فإن تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان إشكالٌ، ومع عدمه يتعلّق به تعلّق الدَين بالرهن لاالأرش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه.

وجامع المقاصد[1] والمسالك[2] ومجمع البرهان[3] والمفاتيح[4] والكفاية[5]» وظاهر «السرائر» وكذا «مجمع البرهان» الإجماع عليه لما ذكر كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه وإن تعدّد، فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحقّ كما كان إذا كان الفرع مأذوناً، أمّا لو كان الفرع متبرّعاً ثمّ ضمنه الأصل بإذنه، فإنّه إذا أدّى الأصل رجع على ضامنه الّذي تبرّع بالضمان عنه.

والمخالف الشيخ في «المبسوط[6]» محتجّاً باستلزامه صيرورة الفرع أصلاً والأصل فرعاً وبعدم الفائدة. «ورد[7]» بأنّ الاختلاف بالأصلية والفرعية لا يصلح للمانعية، والفائدة موجودة بأن يضمن الحالّ مؤجّلاً وبالعكس، وبأنّه لو وجد المضمون له الأصيل الّذي صار ضامناً معسراً فإنّ له الفسخ والرجوع إلى الضامن السابق. وقد عرفت الحال فيما إذا ضمن الفرع متبرّعاً.

[في صحّة اشتراط الأداء من مالٍ بعينه]

قوله: ﴿واشتراط الأداء من مالٍ بعينه، فإن تلف بغير تفريط

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣١.
(٢) مسالك الأفهام: في الحقّ المضمون ج ٤ ص ١٩٦.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٢٩٥.
(٤) مفاتيح الشرائع: في صحّة الضمان ج ٣ ص ١٤٧. (٥) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٥.
(٦) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٤٠. (٧) كما في مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٧٠.

الضامن ففي بطلان الضمان إشكالٌ، ومع عدمه يتعلّق به تعلّق الدَين بالرهن لا الأرش بالجاني، فيرجع على الضامن، وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه﴾ هذا الفرع من متفرّدات الكتاب و«التذكرة» أمّا صحّة اشتراط الأداء من مالٍ بعينه من الضامن والمضمون له فلعموم قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»[١] ولتفاوت الأغراض في أعيان الأموال. وبه صرّح في «التذكرة[٢] وجامع المقاصد[٣]».

ولابدّ من أن يكون المال المشترط الأداء منه ملكاً للضامن ليكون الشرط مقدوراً. وقد يقال[٤]: إنّه لابدّ من أن يكون غير متبرّع بالضمان، وإلّا لم يتوجّه الإشكال، وفيه نظر.

ومنشأ الإشكال في البطلان فيما إذا تلف بغير تفريط الضامن من أنّ الأداء إنّما يجب من ذلك المال بالشرط وقد تعذّر، ولا سبيل إلى سقوط الدَين، فيتعيّن بطلان الضمان، لانحصار الأقسام في ثلاثة وقد بطل الأوّلان، ومن أنّ الضمان ناقل، ولا منافاة بين ثبوته في الذمّة واشتراط الأداء من مالٍ بعينه، كما ذكر ذلك كلّه في «جامع المقاصد[٥]» وهو يرجع إلى ما في «الإيضاح[٦]» من أنّه ينشأ من أنّ تعلّقه بالمال هل هو كتعلّق الرهن لأنّه نقل المال من ذمّة إلى ذمّة أو كتعلّق الجناية برقبة العبد لأنّه إنّما يجب الأداء من هذا المال لصحّة الشرط وقد فات؟ وقد قوّيا عدم البطلان، وستسمع كلام الشهيد، وقرّب في «التذكرة[٧]» البطلان.

وكيف كان، ينبغي أن يكون ذلك المال المشترط بقدر الدَين فصاعداً، فلو نقص

---

(١) عوالي اللآلي: ح ٨٤ ج ١ ص ٢١٨، وتهذيب الأحكام: ح ١٥٠٣ ج ٧ ص ٣٧١، والاستبصار: ح ٨٣٥ ج ٣ ص ٢٣٢.

(٢ و٧) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٢.

(٣ و٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣١ و٣٣٢.

(٤) لم نعثر على قائله حسبما تصفّحنا فيما بأيدينا، فراجع.

(٦) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٧.

تطرّق احتمال عدم لزوم ما زاد عنه من الدّين.

واحترز بتلفه بغير تفريط عمّا إذا فرّط، فإنّه حينئذٍ يلزمه الدّين المتعلّق بـه بتفريطه. ولمّا كان مبنى الإشكال على ما ذكره في «الإيضاح» من أنّ وجه الصحّة أنّ تعلّقه كتعلّق الرهن ووجه البطلان أنّه كتعلّق الأرش، كان الشقّ الأوّل هو الصحّة وبه تشعر عبارة الكتاب، والشقّ الثاني البطلان، فقال المصنّف: ومع عدمه ـ أي عدم البطلان وهو الصحّة ـ يتعلّق به تعلّق الدّين بالرهن. ومعناه أنّا لو قلنا بالأوّل وهو عدم البطلان بعد فرض تلفه يلزمنا أن نقول: إنّه حين الاشتراط كان تعلّقه به تعلّق الدّين بالرهن، فيرجع المضمون له على الضامن، وليس كتعلّق الأرش، فكان معنى العبارة منتظماً أحسن انتظام.

وقال ـ أي المصنّف ـ: وعلى الثاني أي على القول بالبطلان ـ يرجـع عـلى المضمون عنه، لأنّ الأداء إنّما يجب من ذلك المال عملاً بالشرط، وقد تعذّر، ولم يسقط الدّين، فتعيّن بطلان الضمان، ويرجع الحقّ كما كان.

وعلى هذا التوجيه الظاهر من العبارة يندفع عنها جميع ما أورده عليها من المفاسد المحقّق الثاني في «جامع المقاصد[١]» قال في قوله «ومع عدمه»: المتبادر عود الضمير في «عدمه» إلى البطلان لقربه، لكنّ الحكم بكون تعلّق الدّين به كتعلّقه بالرهن بعد فرض تلفه غير منتظم، مع أنّ فيه فساداً آخر، وهو أنّه على تقدير عدم البطلان كيف يتصوّر الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلّق كتعلّق الأرش. قلت: ما كنّا لنؤثر أن يقع مثله من مثله، لأنّك قد عرفت انتظام المعنى والعبارة، وقد عرفت أنّ الرجوع على المضمون عنه إنّما هو على تقدير البطلان وهو الشقّ الثاني.

ثمّ قال: إنّ أصحّ الاحتمالين أنّه كتعلّق الدّين، لأنّ الدّين موضعه الذمّة، والأرش ليس دَيناً. وقال: وعلى هذا لا يكون للإشكال وجه، بل الوجه الجزم بالعدم. وأنت

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٢.

وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال.

خبير بأنّ المصنّف إنّما استشكل من جهة الشرط الّذي دلّ على صحّته عموم الخبر وتفاوت أغراض الناس، فقام احتمال أنّ التعلّق كتعلّق الأرش، ولذلك قرّب في «التذكرة[1]» البطلان. والشهيد في «حواشيه[2]» قال: إنّ منشأ الإشكال الشكّ في تعلّق الضمان بذلك المال في ذمّته، وكأنّه يريد أنّه نقل ما في ذمّة المضمون عنه بعوض لم يسلّم للمضمون له، والمفروض أنّ الضمان بإذنه.

ثمّ إنّه في «جامع المقاصد[3]» فسّر قوله «وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه» بأنّه على تقدير الصحّة وكون التعلّق كتعلّق الأرش برقبة الجاني، واعترضه بأنّه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى في ذمّة المضمون عنه شيء فكيف يعود إلى الذمّة بالتلف؟ قلت: أنت قد عرفت أنّ المراد بالثاني الشقّ الثاني من الإشكال، وهو البطلان فلا يبقى للاعتراض وجه.

[في ما لو ضمن ومات معسراً]

قوله: ﴿وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال﴾ ومثل ذلك قال في «التذكرة[4]». وكذا ولده في «الإيضاح[5]» حيث لم يرجّح. ومعناه أنّه يرجع المضمون له على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدّين مطلقاً أي لم يشترط الأداء من مالٍ بعينه، ثمّ مات معسراً.

وجعل منشأ الإشكال في «جامع المقاصد[6]» من أنّه لو لا ذلك لضاع الدّين،

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٢.
(٢) الحاشيةالنجّارية: فيالضمان ص٧٨س ١٤ (مخطوط فيمكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(٣ و٦) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٣.
(٥) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٧.

ولو بيع متعلّق الضمان بأقلّ من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة، لأنّه يرجع بما أدّى، ويُحتمل بالثمن خاصّة لأنّه الّذي قضاه.

ومن انتقال المال بالضمان إلى ذمّة الضامن وبراءة المضمون عنه فلا يعود. وردّه بأنّا نمنع من أنّ المال ضائع بذلك، بل هو باقٍ وإن تعذّر الأخذ في الدنيا، ولو سلّم فلانسلّم امتناع ضياع المال، إذ لو مات المديون معسراً ضاع الدّين. ثمّ قال: والحقّ أن لا وجه لهذا الإشكال عندنا. نعم على القول بأنّ الضمان ليس ناقلاً فيرجع على المضمون عنه، لكن لا يجيء الإشكال على هذا التقدير أيضاً.

قلت: كلامه متّجه فيما إذا ضمن تبرّعاً، وأمّا إذا ضمن بإذنه فلا يكون أحد وجهي الإشكال لزوم ضياع المال، بل يكون منشأ الإشكال من أنّ ضمان الضامن بمنزلة الأداء، أو بمنزلة التحمّل عنه كما في «حواشي الشهيد[1]» أو يكون منشؤه من انتقال المال إلى ذمّة الضامن، ومن أنّه تمليك ما في ذمّة المضمون عنه بعوض في ذمّته ولم يسلم كما في «الإيضاح[2]». وكان الأولى التعبير بغير التمليك وإن أراد الضامن.

[في ما لو بيع المضمون به بأقلّ]

قوله: ﴿ولو بيع متعلّق الضمان بأقلّ من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة، لأنّه يرجع بما أدّى، ويُحتمل بالثمن خاصّة لأنّه الّذي قضاه﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[3]».

وتصوير المسألة[4] أن نفرض أنّ الحقّ مائة، وقيمة المال المشروط في عقد

---

(١) لم نعثر عليه في الحاشية النجّارية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد.

(٢) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٢.

(٤) تصوير المسألة على ما صوّره الشارح ـ وهو فرض بيع متعلّق الضمان فيما لو صالح ←

الضمان الأداءمنهباعتبار الزمان والمكان مائة،ولكنّهبيع بتسعين لعدم الراغب، وقد صالح الضامن المضمون له بهذه التسعين عن المائة المضمونة كما نبّه عليه الشهيد [١]، فهل يرجع الضامن على المضمون عنه بالمائة الّتي هي قيمة المتعلّق أو بالتسعين الّتي بيع بها خاصّة؟ وقد استجوده الشهيد الثاني [٢]. وقال المحقّق الثاني [٣]: إنّ الحقّ بطلان الأوّل أصلاً لكنّه فرض المسألة فيما إذا لم يصالح عن التسعين بالمائة. وردّه من وجهين، الأوّل: أنّه إنّما يرجع بما أدّى إذا كان قدر الدّين أو أقلّ، وليس كذلك هنا. الثاني: أنّا نمنع أنّه أدّى المال أو قيمته وإنّما أدّى ما بيع به، انتهى فتأمّل. ثمّ قال: ولو فرض ذلك فيما إذا كان الدّين بقدر القيمة فصالح بالقدر الّذي بيع به عن ذلك الدّين لأمكن تخيّل هذا الاحتمال تخيّلاً ضعيفاً. وأشار بذلك إلى ما حكيناه عن الشهيد، والتصحيح أولى من الإبطال أصلاً.

هـذا وقـد تقدّم [٤] أن الزمـان والمكان إنّما هما باعتبار الطالب، ولا تغفل عمّا

← المضمون له ـ أوّلاً خلاف ظاهر ما في المتن، وثانياً لو فرض مصالحة المضمون له إيّاه بالأقلّ وهو التسعين مثلاً فلا يبقى موردٌ للنزاع في جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بالأكثر وهو المائة في المثال لأنّه بعد المصالحة مع المضمون له وصل إلى ما أدّى بالمصالحة فكيف يجوز له بعد رضايته بالمأخوذ منه طلب البدل أيضاً؟ وهل ذلك إلّا طلب الجمع بين البدل والمبدل الّذي علم من الشرع منعه في موارد المعاملات كما نبّه عليه غيرواحد من الأعلام؟ فالأصحّ فرض المسألة فيما لم تكن هناك مصالحة بينهما لأنّه حينئذٍ يبقى مورد للنزاع في أنّه هل يجوز له الرجوع على المضمون عنه بالأكثر أو لايجوز؟ ولعلّه لذلك فرض المسألة في جامع المقاصد فيما لاتكون هناك مصالحة، فراجع وتأمّل.

(١) الحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٨ السطر الأخير (مخطوط في مكتبة مركز الدراسات والأبحاث الإسلامية).

(٢) لم نعثر على استجواد للشهيد الثاني في المسألة، وإنّما عمّم الحكم في صورة المصالحة وعدمها، فراجع المسالك: ج ٤ ص ٢٠٦.

(٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٤.

(٤) تقدّم ما يومئ إلى ذلك في ج ١٥ ص ١٨٥ ـ ١٩١.

وللضامن مطالبة الأصيل إن طولب ـ كما أنّه يغرّمه إن غـرّم ـ على إشكال. وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة.

تقدّم[1] من أنّه لو نقص تطرّق احتمال عدم لزوم الزائد من الدّين.

قوله: ﴿وللضامن مطالبة الأصيل إن طولب ـ كما أنّه يغرّمه إن غرّم ـ على إشكال﴾ يريد أنّ المضمون له إذا طالب الضامن فهل للضامن مطالبة المضمون عنه إذا ضمن بإذنه؟ إشكالٌ عند المصنّف هنا من أنّه كما ثبت له استحقاق التغريم إذا غرم فله استحقاق المطالبة إذا طولب، ومن أنّ المطالبة فرع استحقاق المال، وهو إنّما يستحقّ بعد الأداء، لأنّ المال في ذمّة الضامن ولا شيء في ذمّة المضمون عنه، لكنّه بالأداء يحدث الاستحقاق. وهو خيرة «التذكرة[2] والإيضاح[3] وجامع المقاصد[4]» والأوّل خيرة «التحرير[5]» وكذا «المبسوط[6]» لأنّه جوّز له المطالبة وإن لم يطالبه المضمون له فبالأولى أن يجوّزها هنا.

هذا وقوله «على إشكال» متعلّق بـ«مطالبة» وقوله «كما أنّه يغرّمه إذا غرّم» معترض بينهما، وهو دليل أحد طرفي الإشكال.

قوله: ﴿وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة﴾ معناه أنّه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالمال المضمون بأن يدفعه إليه ليدفعه إلى المضمون

---

(١) تقدّمت الإشارة إلى ذلك في ج ١٥ ص ١٨٠ و١٨٢ وكذا في ص ١٨٥ ـ ١٩١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٣ ص ٣٤٩.
(٣) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٧.
(٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٥.
(٥) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦٢.
(٦) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٩.

ومَن أدّى دَين غيره من غير ضمانٍ ولا إذنٍ لم يرجع،

له أو يدفعه الأصيل إلى المضمون له، وهو المراد بالتخليص، وهو خيرة القاضي[1] و«المختلف[2] وجامع المقاصد[3]» مصرّحاً في الأخير بلفظ القطع الجاري مجرى الإجماع، وخيرة «المبسوط» كما عرفت آنفاً أنّ له ذلك. ولم يرجّح في «التذكرة[4]».

قلت: إذا قلنا أن ليس له مطالبته فلا ريب أنّ له أن يقول للمضمون له إمّا أن تطالبني أو تبرأني. وذكر التخليص في هذه دون تلك لا لأنّه مختصّ بهذه بل هو جارٍ في تلك، لأنّك قد عرفت معناه، وقد عبّر به في «المبسوط» في المسألتين.

[فيمن أدّى ديناً من غيره]

قوله: ﴿ومَن أدّى دَين غيره من غير ضمانٍ ولا إذنٍ لم يرجع﴾ كما في «التذكرة[5] وجامع المقاصد[6] والتحرير[7]» وفي الأخير: وإن كان من نيّته الرجوع، لأنّه متبرّع بفعله. وهذا يأخذونه في أبواب الفقه مسلّماً، وما نسبوا الخلاف في ذلك إلّا لمالك[8] فإنّه جوّز الرجوع إلّا إذا أدّى العدوّ دين عدوّه حذراً من التسلّط عليه بالمطالبة.

وفي «التذكرة[9] وجامع المقاصد[10]» أنّه بخلاف ما لو أوجر طعامه المضطرّ فإنّه يرجع عليه وإن لم يأذن المضطرّ، لأنّه ليس متبرّعاً بذلك، لأنّه واجب عليه.

---

(١) لم نعثر عليه في تأليفيه المهذّب وجواهر الفقه، لكن نقله عنه العلّامة في المختلف: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٥.

(٢) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٥.

(٣ و٦ و١٠) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٥ و٣٣٦.

(٤ و٥ و٩) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٤٩ و٣٥٢.

(٧) تحرير الأحكام: الضمان ج ٢ ص ٥٦٤.

(٨) فتح العزيز (بهامش المجموع): ج ١٠ ص ٣٨٨.

وإن أدّاه بإذنه بشرط الرجوع رجع،

قلت: يبقى عليهما سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه في البحر لتخليص غيره من الغرق وهو غير خائف على نفسه، كأن كان في سفينة أخرى لا خوف عليها [١] فإنّهم قالوا في باب الديات: لا رجوع له على أحد، وأقصى ما فرّقوا به هناك أنّ المطعم مخلّص لا محالة وملقي المتاع غير دافع لخطر الغرق، لأنّه يحتمل أن يغرق حينئذٍ وأن لا يغرق، وقد أوردنا عليهم هناك ما إذا قطع بنجاتهم وقلنا: لعلّهم يلتزمون أو يفرّقون بالمباشرة في المضطرّ وعدمها في أصحاب السفينة. وتمام الكلام قد استوفيناه هناك [٢].

قوله: ﴿وإن أدّاه بإذنه بشرط الرجوع رجع﴾ كما في «التذكرة [٣]» وقال في «التحرير [٤]» فإن أدّاه بإذنه مع نيّة الرجوع فإنّه يرجع.

---

(١) لا يخفى عليك أنّ عبارة الشارح هنا ـ وهي قوله: «يبقى عليهما سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه في البحر ... إلى آخره» ـ ناقصة فإنّ لفظ البين من أداة الاستثناء والفصل فلابدّ أن يكون له من ذكر المستثنى منه، أو قل ظرف بمعنى وسط لابدّ له من طرفين وإلّا لم يتمّ الكلام ومعناه، ولا يفيد للسامع فائدةً مهمّة أو مقنعة. ففي المقام لابدّ أن يكون الكلام هكذا: يبقى سؤال: الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه في البحر وبين ما إذا ... . وأمّا الشارح كما ترى لم يأت بشيءٍ من المستثنى منه أو أحد طرفي الظرف في العبارة. ويدلّ على ذلك بل يشهد به أنّ الشارح قد بحث في باب الديات (ج ١٠ الرحلية ص ٣٤٢ـ٣٤٣) عن هذه المسألة مفصّلاً وجاء هناك بهذه العبارة تامّة وكاملةً، فإنّه ـ بعد أن حكى عن المصنّف عبارته وهي قوله «ولو أشرفت سفينة على الغرق فقال الخائف على نفسه ... إلى آخره» ونقل موارد ذكر المسألة في طيّ أبواب الفقه ونقل عن بعض الأصحاب رأيه في ذلك ـ قال: ويبقى سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه لتخليص غيره من الغرق فإنّه حينئذٍ لا ضمان له على أحد وبين إطعام المضطرّ وإيجار الطعام في حلقه حيث يرجع عليه بقيمة الطعام. ثمّ أجاب عنه بما أجاب عنه في المقام. وبنحو هذا السؤال والجواب على كمالها جاء بها الشهيد الثاني في المسالك، فراجع المسالك: ج ١٥ ص ٣٨٤.

(٢) يأتي الكلام فيه في ج ١٠ ص ٣٤٢ ـ ٣٤٤ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٢.

(٤) تحرير الأحكام: في الضمان ٣٩٥٢ ج ٢ ص ٥٦٤.

ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع، وثبوته للعادة.

ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدَين احتمل الرجوع إن قال:أدّ دَيني، أو:ما عليَّ، بخلاف: أدّ ما عليَّ من الدراهم، إن علّق بالأداء وعدمه، لأنّه أذن له في الأداء لا الصلح.

قوله: ﴿ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع وثبوته للعادة﴾ ومثل ذلك قال في «التذكرة[1]» وأيّد الأوّل في «جامع المقاصد[2]» بأنّ الإذن في الأداء أعمّ من اشتراط الرجوع، والعامّ لا يدلّ على الفرد المعيّن بإحدى الدلالات الثلاث. ثمّ قال: إنّ الحقّ أنّ العادة إن كانت مضبوطة في أنّ من أذن في الأداء يريد به الرجوع ويكتفي بالإذن مطلقاً استحقّ الرجوع وإلّا فلا. قلت: قد يفرّق بين ما إذا ابتدأه بالسؤال كأن يقول له: أدّ عنّي دَيني وبين أن يقول له: أتحبّ أن أقضي عنك دَينك ونحو ذلك. ولعلّ العادة قاضية بالفرق بين هذين. وفي «التحرير[3]» أنّه إذا أدّاه بإذنه فالوجه أنّه يرجع مع عدم نيّة الرجوع. ولعلّ قضيّته أنّ الإذن في الأداء يقضي بالرجوع ما لم ينو القاضي التبرّع.

[فيما لو صالح الضامن والمضمون له في الدَين]

قوله: ﴿ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدَين احتمل الرجوع إن قال: أدّ دَيني، أو: ما عليَّ، بخلاف: أدّ ما عليَّ من الدراهم إن علّق بالأداء، وعدمه، لأنّه أذن له في الأداء

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٢.

(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦٤.

لا الصلح﴾ أي لو صالح المأذون له في أداء دَين الآذن المشروط له الرجوع ربَّ الدَّين على غير جنسه فهناك ثلاثة وجوه:

أحدها: أنّ له الرجوع، لأنّ مقصوده براءة ذمّته وقد حصل، والخصوصيّات لااعتبار بها. وذلك إذا كان قد قال له: أدّ ديني أو ما عليَّ، ولهذا لو حلف أن يؤدّي دَين شخص برئ بتخليص ذمّته بالصلح عنه، لأنّه هو الّذي يقضي به العرف. والحاصل: أنّ هذا الصلح قد تضمّن شيئين: أحدهما أداء غير الجنس، والثاني براءة ذمّته، والإذن شامل لهما. أمّا الأوّل فلأنّ دفع غير الجنس عن الدّين يصدق عليه أنّه أداء، ولهذا يحاسب بقيمته وقت الدفع وإن كان مثليّاً من غير احتياج إلى عقد معاوضة فكان عرفيّاً وشرعيّاً. وأمّا الثاني فظاهر. وقد استوجه هذا الوجه في «التحرير[1] وجامع المقاصد[2]» وقوّاه في «الإيضاح[3]» لكنّ في الأوّل والأخير أنّه يرجع بأقلّ الأمرين. ولعلّه مراد الثاني والكتاب وغيره. وقال في «التذكرة[4]»: إنّ الرجوع أصحّ وجوه الشافعية، وستسمع عبارة «التحرير».

الثاني: الفرق بين أن يقتصر على قوله: أدّ ديني أو ما عليَّ فيرجع وبين أن يقول: أدّ ما عليَّ من الدراهم إذا علّق الجارّ بالأداء فيصير التقدير أدّ من الدراهم ما عليَّ منها فلا يرجع، لأنّه خالف الإذن، وإذا خالف الإذن لم يرجع بل هو متبرّع، وظاهر الكتاب وغيره الجزم به، وإلّا فإن علّق بكائن أو ثابت إن جعلت «ما» موصولة أو علّق بمحذوف على أنّه مع مجروره حال أو وصف لما كان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال: أدّ ما عليَّ، لأنّ الأداء المأمور به مطلق على هذه الوجوه الثلاثة، وقد جعله في «الإيضاح[5]» تحقيقاً، ولعلّه ليس من التحقيق في شيء كما ستسمع.

---

(١) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦٤.

(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٧.

(٣ و٥) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٩.

ولو صولح الضامن عن مائةٍ بما يساوي تسعين رجع بالتسعين،

الثالث: أن ليس له الرجوع إذا قال: أدّ ما عليّ، لأنّه إنّما أذن له في الأداء دون المصالحة، والأداء غير الصلح وغير مستلزم له، فلا يستلزم الإذن فيه. ومعنى الأداء ردّ مثله جنساً وقدراً لامتناع الحقيقة، لأنّ الّذي عليه أمر كلّي فيصار إلى أقرب المجازات.

وفيه: أنّا نمنع أنّ هذا أقرب المجازات لأنّ إرادة براءة الذمّة بهذا اللفظ أشيع في الاستعمال، بل قد يدّعى كونه حقيقة عرفية في ذلك كما في «جامع المقاصد[1]» مضافاً إلى ما مرّ، والمفروض أنّه مشروط له الرجوع، فكان هذا الوجه ضعيفاً جدّاً. ويرشد إليه الإجماع الّذي في «التذكرة[2]» على الرجوع مع الإذن في مجرّد الضمان إلّا أن تقول بالفرق بين الإذن في الضمان والإذن في الأداء. وفيه تأمّل واضح.

وقد ذكر في «التذكرة» الاحتمالات الثلاثة من دون ترجيح.

وقال في «التحرير[3]»: ولو أذن لغيره في قضاء دَينه فصالح المأذون على غير جنس الحقّ فالوجه رجوعه بأقلّ الأمرين، فأطلق ولم يفرّق بين ذينك اللفظين المذكورين في الاحتمال الثاني، وقد جعلناه احتمالاً تبعاً للتذكرة الّتي هي الأصل في ذلك، وإلّا فظاهر المصنّف وغيره الجزم بعدم الرجوع إن علّق الجارّ بالأداء. وفيه على بُعده وعدم تبادره من هذه اللفظة أنّه لا يفيد قاعدة، وإنّما يحكم به مع العلم بالمراد ومع التنازع يرجع فيه إلى أُمور أُخر.

قوله: ﴿ولو صولح الضامن عن مائةٍ بما يساوي تسعين رجع بالتسعين﴾ كما إذا صالحه المضمون له مراعاةً له عن مائة درهم بعبدٍ يساوي تسعين فإنّه يرجع بالتسعين، لأنّه لم يغرم سواها، ولموثّقة عمر بن يزيد[4] عن رجلٍ ضمن

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٢٧. (٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٥٩.

(٣) تحرير الأحكام: في الضمان مسألة ٣٩٥٢ ج ٢ ص ٥٦٤.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٥٣.

وكذا لو صولح بحطّ قدرٍ أو نقص صفة.

ولو صالح بالأزيد رجع بالدَين. ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كلّ موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدّد له الفسخ بالتقايل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع. ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن.

ضماناً ثمّ صالح عليه، قال: ليس له إلّا الّذي صالح عليه. وقد سمعت [1] حال الخبر فيما غبر، ومثله الخبر الآخر [2]. والمستفاد منهما أنّه لا يجب على المضمون عنه أن يؤدّي إلى الضامن أكثر ممّا دفعه إلى المضمون له. وقد نفى عنه الخلاف ويعضده الأصل وعدم دليل على الزائد، لاختصاص الفتاوى والإجماعات الّتي هي العمدة في الباب بما أدّاه خاصّة. وخلاف الإسكافي لا يُلتفت إليه كما تقدّم [3] بيان ذلك كلّه.

قوله: ﴿وكذا لو صولح بحطّ قدرٍ أو نقص صفة. ولو صالح بالأزيد رجع بالدَين﴾ لا فرق بين أن يدفع الأقلّ في القدر والوصف، فلو ضمن ألفاً صحيحة فدفع ألفاً مكسّرة إرفاقاً به من المضمون له لم يكن له الرجوع بالمكسّرة ولا بالصحيحة وإنّما يرجع بما غرم وبالأقلّ منه ومن المال. ولو انعكس الفرض فضمن ألفاً مكسّرة فأدّى ألفاً صحيحة لم يكن له الرجوع بالصحيحة. ولا يخفى النكتة في بناء الأوّلين للمجهول والثالث للمعلوم.

[فيما لو ضمن الثمن فظهر البيع باطلاً]

قوله: ﴿ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كلّ موضع يبطل فيه

---

(١) تقدّم ذِكر هذا الخبر وغيره في ص ٤٤١.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الضمان ح ٢ ج ١٣ ص ١٥٣.

(٣) تقدّم في ص ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

البيع من رأس لا ما يتجدّد له الفسخ بالتقايل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع. ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن﴾ هذا كلّه قد تقدّم الكلام[1] فيه مستوفى ما عدا حكم تلفه قبل قبضه. فممّا صرّح فيه بأنّه يرجع فيه المضمون له على البائع «المبسوط[2] والشرائع[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والروضة[8] ومجمع البرهان[9] والكفاية[10]» وفي الأخير: أنّه أشهر.

قلت: لم نجد فيه مخالفاً. ولعلّه أشار بالأشهر إلى ما في «التذكرة» من قوله: ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد فيطالب الضامن بالثمن إن قلنا إنّ البيع ينفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق، وإن قلنا ينفسخ من حينه فكالردّ بالعيب[11]. وقد أراد بقوله «بغير الاستحقاق» ظهور الفساد من أصله بسبب فقد شرط من شروط صحّته، وبقوله «فكالردّ بالعيب» إنّ فيه إشكالاً، لأنّه استشكل فيه من قبل هذا بلا فاصلة، وفرّع هذا عليه. وهذا البناء مخالف لما عليه الأصحاب، لأنّهم من غير خلاف بينهم على أنّه ينفسخ من حينه، فيقدّر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً مّا، ويكون التلف كاشفاً عنه، وعلى أنّ النماء في البين

---

(١) تقدّمت هذه المباحث في ص ٤١١ ـ ٤٢٠.
(٢) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٧.
(٣) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١٠.
(٤) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٥.
(٥) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠٢.
(٦) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٨.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠١.
(٨) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٣.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٣٠٠.
(١٠) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٥.
(١١) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٧.

للمشتري، وإنّما حكى احتمال الفسخ من أصله المصنّف في «التذكرة» وجهاً، وعليه يكون النماء للبائع.

وقال في «المسالك [١]»: واعلم أنّ في التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أنّ التلف هل يبطل العقد من حينه أو من أصله؟ فعلى الأوّل لا يتناوله الضمان وعلى الثاني يتناوله، فيطالب الضامن. وتبعه على هذه الحكاية صاحب «الكفاية [٢]». وأنت خبير بأنّه في التذكرة ما قال بأنّه لا يتناوله الضمان على تقدير البطلان من حينه، وإنّما استشكل كما عرفت، إلّا أن تقول: إنّهما أرادا أنّه جوّزه، وأنّه لبعيد عن كلامهما، أو أنّهما أرادا ما قوّاه في أوّل الباب. وهذا أيضاً لا وجه له مع تفريع ما نحن فيه على العيب الّذي استشكل فيه. ثمّ إنّه في «المسالك» ناقش ما في التذكرة قال: إنّا وإن حكمنا بكونه مبطلاً من أصله لكنّ هذا حكمٌ لاحقٌ للضمان، فإنّ المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً وفي نفس الأمر، فلا يتناول الضمان الثمن لأنّه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً، وإنّما التلف الطارئ كان سبباً في حكم الله تعالى لعود الملك لصاحبه من أصله [٣].

قلت: هذا خلاف الأصحاب بناءً على احتمال الفسخ من أصله، فاعتراض مولانا المقدّس الأردبيلي [٤] عليه في محلّه حيث قال: الحكم بالبطلان من أصله وكونه ملكاً للمشتري من حين العقد إلى زمن التلف ممّا لا يجتمعان، لأنّ معنى كونه ملكاً له إلى الآن أنّ آثار الملكية مترتّبة عليه وأنّ النماء له، ومعنى البطلان من أصله عدم ترتّب تلك الآثار عليه. قال: والّذي نفهمه أنّه إذا قيل إنّه يبطل من أصله إنّما يكون ذلك بأن تكون صحّة البيع غير معلومة بل تكون معلّقة بالبقاء إلى حين القبض، فكان البقاء إلى القبض شرطاً من شروط الصحّة وعدمه مانعاً، أو أنّ ذلك يكشف عن ذلك.

(١ و٣) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠١.

(٢) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٥.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في الضمان ج ٩ ص ٢٠١ ـ ٢٠٢.

ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحقّ، وعلى البائع بالآخر.

[فيما لو ظهر المشتري مستحقّ بعض المبيع]

قوله: ﴿ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحقّ، وعلى البائع بالآخر﴾ أمّا رجوعه على الضامن بما قابل المستحقّ فممّا لا خلاف فيه. وأمّا أنّه يرجع على البائع خاصّة بالآخر فقد يظهر من «التذكرة[1]» الإجماع عليه حيث قال عندنا. وهو المشهور كما في «الكفاية[2]» وهو خيرة «الشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والمختلف[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9]» لعدم تناول الضمان له. والمخالف الشيخ في «المبسوط[10]» فجوّز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب.

قلت: وهذا يلزم صاحب «الإيضاح[11]» لأنّه جوّز الرجوع على الضامن في الردّ بعيبٍ سابق، وقد قرّبه في «جامع المقاصد[12]» هناك، فيلزمه هنا. وينبغي أن يستشكل هنا في «التذكرة[13]» كما استشكل هناك، لكنّه في «المبسوط[14]» هناك ذكر الاحتمالين من دون ترجيح. وقال هنا: إنّ الصحيح أنّ له الرجوع[15]. إلّا أن

(١ و٤ و١٣) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٧ و٣٤٠.

(٢) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٥.

(٣) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١٠.

(٥) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٦.

(٦) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠٢.

(٧) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٥.

(٨ و١٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٨ و٣٢٤.

(٩) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٣.

(١٠ و١٤ و١٥) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٧ و٣٢٨.

(١١) إيضاح الفوائد: في الضمان ج ٢ ص ٨٥.

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع.

ولو باع أو أقرض بشرط رهن عينٍ أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصحّ، لأنّ الأصيل لا يلزمه ذلك.

يفرّقوا بين الأمرين، والظاهر أنّهما من وادٍ واحد لا نجد بينهما فرقاً، فإنّ تبعّض الصفقة الّذي هو سبب الفسخ كان موجوداً وقت البيع. والمصنّف في «المختلف[1]» ردّ كلام الشيخ بأنّ سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الّذي كان في بعضه. وفيه نظرٌ فتأمّل، وينبغي ملاحظة ما تقدّم[2] في الردّ بالعيب.

[في الرجوع على الشفيع لو أخذ بها]

قوله: ﴿ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع﴾ كما في «المبسوط[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6]» لأنّ الشفيع إنّما يأخذ من المشتري فيرجع عليه لا على البائع، لأنّ الثمن الّذي تسلّمه أخذه بحقّ ولم يبطل البيع فيه، ولا على الضامن، لأنّ الّذي ضمن عهدته هو الثمن المدفوع للبائع.

قوله: ﴿ولو باع أو أقرض بشرط رهن عينٍ أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصحّ، لأنّ الأصيل لا يلزمه ذلك﴾ أي لا يلزمه تسليم الرهن بناءً على أنّ الشرط في العقد اللازم لا يجب الوفاء به، لأنّه يقلب اللازم جائزاً.

---

(١) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٥.

(٢) تقدّم في ص ٤١٧ ـ ٤١٩.

(٣) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٤٠.

(٥) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٥.

(٦) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٩.

ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناءٍ أو غرسٍ لم يصحّ لأنّه ضمان ما لم يجب،

قلت: قد تقدّم[1] أنّه يلزم ويجب الوفاء به، سلّمنا لكنّ الجائز الثابت يصحّ ضمانه كالثمن في زمن الخيار. فالحقّ في التوجيه كما في «جامع المقاصد[2]» أنّه لا يستحقّ العين وإنّما يستحقّ الاستيثاق بها، وذلك ليس بمال فيصحّ ضمانه.

[حكم ضمان ما يحدثه المشتري]

قوله: ﴿ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناءٍ أو غرسٍ لم يصحّ، لأنّه ضمان مالم يجب﴾ كما في «المبسوط» على ما حكي[3] وستسمع ما وجدناه[4] و«الشرائع[5] والتحرير[6] والمسالك[7]» لأنّه حين الضمان لم يكن مستحقّاً للأرش على البائع وإنّما استحقّه بعد القلع، ولكن سببه كان موجوداً وقت الضمان، وهو كون الأرض مستحقّة للغير. ومن ثمّ قال في «اللمعة[8]»: إنّ الأقوى جوازه وكأنّه مال إليه أو قال به في «الروضة[9]» واحتمله في «التحرير[10]» على ضعف. وهو غير بعيد لما ذكر ولمسيس الحاجة إليه وقضاء الضرورة به، مضافاً إلى

---

(١) تقدّم في ج ١٥ من ص ١١٨ ـ ١٤٢ في القرض الكلام التامّ، ونقل هناك رسالة اُستاذه البهبهاني وفيه أيضاً إلمامٌ بالمقام. وتقدّم أيضاً الكلام في ذلك في ج ١٤ في فصل شروط عقد البيع من ص ٧١٧ ـ ٧٦٠ ولا سيّما في الفرع الثالث من فرع ذلك الفصل، فراجع.

(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٠.

(٣) حكاه عنه العلّامة في تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٦.

(٤) سيأتي في ص ٣٩٢. (٥) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١١.

(٦ و ١٠) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٦.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٤.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤. (٩) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٤.

وفي ضمان البائع ذلك إشكالٌ.

ما سيأتي[1]. ولم يرجّح في «التذكرة[2]».

والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً لو ظهرت الأرض مستحقّة وقلع المالك غرسه وخرب بنيانه.

قوله: ﴿وفي ضمان البائع ذلك إشكالٌ﴾ إذا قلع المالك غرس المشتري وبناءه في الصورة المذكورة فلا ريب أنّ له الرجوع على البائع بالأرش ضمن أم لم يضمن، فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصحّ الضمان؟ استشكل المصنّف هنا. وجزم في «المبسوط[3]» بعدم الصحّة، لأنّه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب. ونحوه ما في «التحرير[4] والإيضاح[5] والمسالك[6] والروضة[7]» من أنّ الأقوى عدم الصحّة. وقرّب في «التذكرة[8]» الصحّة وقال: نمنع كون المضمون غير واجب. وفي «الشرائع[9]» أنّ الوجه الجواز أي الصحّة، قال: لأنّه لازم بنفس العقد. ولعلّه أراد أنّه إذا كان لازماً له وإن لم يضمن كان ضمانه تأكيداً. وفيه: أنّه إذا صحّ ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صحّ ضمان غيره، وإن لم يصحّ ضمانه لا يصحّ ضمان غيره، فما الوجه في تجويزه هذا ومنعه ذاك؟

وضعّفه في «المسالك[10] والروضة[11]» بأنّه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً

---

(١) سيأتي في الصفحة الآتية وما بعدها إلى ص ٤٦٦.

(٢ و٨) تذكرة الفقهاء: في ضمان العهدة ج ١٤ ص ٣٣٩ و٣٤١.

(٣) المبسوط: في الضمان ج ٢ ص ٣٢٨.

(٤) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٦.

(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٨٩.

(٦ و١٠) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٥.

(٧ و١١) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٢٤ ـ ١٢٥.

(٩) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١١.

مسلّطاً على الانتفاع مجّاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه الّتي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان، وهو معنى ما قلناه.

وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حقّ الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحّته.

وقد بالغ في «المبسوط» حيث قال: فإن شرطا ذلك في نفس البيع بطل البيع. ولعلّه لمكان الجهالة. قال: وكذا لو شرطاه في مدّة الخيار لا بعد انقضائه [1]. وهو بناءً على قوله بعدم انتقال الملك قبل الخيار.

وكيف كان، فليس الخلاف في ثبوت ذلك على البائع أم لا، فإنّه ثابت بغير إشكال كما في «المسالك [2]» وإنّما الإشكال في ثبوته بسبب الضمان. وقد جعل منشأ الإشكال في «الإيضاح [3] وحواشي الشهيد [4]» من دعاء الضرورة إليه ك: ألقِ متاعك وعليَّ ضمانه، ومن أنّه ضمان ما لم يجب ولم يوجد سببه، وأنت خبير بأنّه لا ضرورة في المقام لمكان الالتزام، وإنّما يتصوّر ذلك في الأجنبي. وفي «جامع المقاصد [5]» أنّ الإشكال إن كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له لأنّ ذلك واجب، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكّداً فلا وجه له أيضاً لأنّه ضمان ما لم يجب بعد.

قلت: لكنّهم يقولون: قد وجد سببه وهو العقد ودعت الضرورة إليه، ويمنعون كون المضمون غير واجب كما مرّ عن «التذكرة» وقد عرفت [6] مختارها ومختار

---

(١) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٨.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٥.
(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٨٩.
(٤) الحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٨ س ١٢ ـ ١٣ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٠.
(٦) تقدّم في الصفحة السابقة.

ولو ضمن اثنان طولب السابق، ومع الاقتران إشكالٌ.

الشرائع، وما خالفهما فيه أتى فيه بلفظ «الأقوى» ما عدا المبسوط، وقد عرفت [١] الثمرة، فالإشكال لعلّه في محلّه. وكيف كان، فالمسألة غير محرّرة.

ولعلّ مثله ما إذا ضمن البائع درك العيب.

وليعلم أنّ الشيخ في «المبسوط» إنّما تعرّض لهذا الفرع خاصّة، قال: إذا ضمن البائع للمشتري قيمة ما يحدثه في الأرض الّتي اشتراها من بناءٍ وغرسٍ بالغة ما بلغت لم يصحّ ذلك، لأنّه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وكلاهما باطلان [٢]. ولعلّه أراد بالقيمة الأرش. ولعلّهم لمكان التلازم بين المسألتين كما أشرنا إليه آنفاً حكوا عنه عدم الصحّة في الأُولى أو أنّ في النسخة الّتي عندنا سقطاً [٣].

[في ما لو ضمن اثنان]

قوله: ﴿ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران إشكالٌ﴾ ضمان الاثنين إمّا أن يقع على التعاقب أو دفعة، فإن وقع على التعاقب فمن رضي المضمون له أوّلاً بضمانه انتقل المال إلى ذمّته وبطل ضمان الآخر، سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول: رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس، أو يقول: رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس. وأمّا إذا رضي بضمان كلّ واحدٍ منهما دفعة كأن يقول رضيت بضمان كلّ واحدٍ منكما انتقل المال إلى ذمّة الأوّل، لأنّه إذا رضي بضمان كلّ واحدٍ منهما فقد رضي بضمان الأوّل فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقّاً على المضمون عنه فيبطل.

---

(١) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٢) المبسوط: في ضمان العهدة ج ٢ ص ٣٢٨.

(٣) تقدّم في ص ٤٦٤.

وأمّا إذا وقع ضمان الاثنين دفعةً، فإن وقع رضا المضمون له بضمان كلّ واحدٍ على التعاقب كأن يقول: رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صحّ ضمان مَن رضي بضمانه أوّلاً، لانتقال المال بالضمان ورضا المالك إلى ذمّته، فلا يصادف الضمان الثاني ذمّة مشغولة فيبطل. وإن وقع الرضا منه دفعةً فهناك ثلاثة أقوال وإشكال:

الأوّل: قول أبي عليّ[1] وهو صحّة الضمان، فيطالب كلّ واحدٍ بقسطه لا بالجميع، فإن كانا اثنين طالب كلّ واحدٍ منهما بنصف المال، ولو زادوا فبالحصة بعد اعتبار العدد. وفيه: أنّه خلاف ما أراده الضامنان واقتضاه العقدان فيبطلان، إلّا أن تقول: الأصل صحّة الضمان ولا أولوية، وانتقال المجموع إلى كلٍّ من الذمّتين ممتنع، فوجب أن نقول: إنّه انتقل إلى كلّ واحدٍ منهما ما يقتضيه التحاصّ، وهو كما ترى لا يجمع بين مقتضى العقدين.

الثاني: التخيير في مطالبة مَن شاء منهما ومطالبتهما معاً، ويسمّى ضمان الاشتراك والانفراد معاً، وقد جزموا[2] به في باب الديات فيما إذا قال: ألقِ متاعك وعلى كلّ واحدٍ منّا ضمانه، أو قال: إنّي وكلّاً من الركبان ضامن. وهو قول ابن حمزة في المقام، قال في «الوسيلة[3]»: وينقسم الضمان قسمين آخرين: ضمان انفراد وضمان اشتراك، فضمان الانفراد ضمان جماعة عن واحد، ويكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيّهم شاء على الانفراد وعلى الاجتماع. وضمان الاشتراك بالعكس من ذلك. ولعلّ حجّته التمسّك بصحّة العقدين فإنّها الأصل.

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٧.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٨، والعلّامة في قواعد الأحكام: في الجنايات في موجب الدية ج ٣ ص ٦٦٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في تزاحم موجبات ضمان النفس ج ١٥ ص ٣٨٧.

(٣) الوسيلة: في الضمان ص ٢٨١.

ونقل الفخر[١] والشهيد[٢] عن المصنّف في درسه المبارك الميمون توجيهه بأنّ مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الأموال كالغاصب من الغاصب.

ونظر فيه في «جامع المقاصد[٣]» بأنّ العقدين المتنافيين يمتنع التمسّك بصحّتهما. ووجه التنافي أنّ انتقال المال إلى ذمّة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل إلى ذمّة الآخر شيء، فيكون ضمانه باطلاً لانتفاء مقتضاه، ولا نعني بالباطل إلّا ما لا يترتّب عليه أثره. وهذا يصلح جواباً عمّا ذكره المصنّف، إذ في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذمم متعدّدة، وإنّما وجب على مَن جرت يده على المغصوب ردّه على مالكه عملاً بعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٤] فإن تعذّر وجب البدل للحيلولة، وهذا لا يتفاوت الحال فيه ببقاء العين وتلفها. ومعلوم أنّه مع بقائها لا تكون في ذمّة أحد، وإنّما الّذي في الذمّة وجوب الردّ. فظهر أن ليس هناك مالٌ واحدٌ في ذمم متعدّدة.

ولك أن تقول: إذا تعذّر البدل للحيلولة كان المال الواحد في ذمم متعدّدة ولهذا أقرّه عليه ولده والشهيد، وظاهر الأوّل وصريح الثاني الرضا به. وقد أوردا[٥] عليه لزوم اجتماع العلل على معلولٍ واحد، إذ العلّة في براءة ذمّة المضمون عنه ضمان كلّ واحد. وأجابا بأنّها معرّفات أي أمارات ليست بأسباب، وبأنّ براءة ذمّته معلولة لعدم علّة الثبوت وهي الأداء به مع عدم الضمان غيره، وانتفاء عدم الكلّي بوجود جزئيّات كثيرة جائز. ومعناه أنّ عدم انتفاء الإنسان بوجود زيد وبكر وعمرو وخالد جائز، فتأمّل، إلّا أن تقول: إنّ هذا خرج عن الأصل في خصوص هذا الفرد للنصّ والإجماع فيقتصر عليه من دون تعدّ. وبذلك يجاب عن الحال في السفينة لتطابق

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٨٩.
(٢) لم نعثر عليه ولا على الحاكي عنه.
(٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤١.
(٤) عوالي اللآلي: ج ١٠٦ ج ١ ص ٢٢٤ وج ٢٢ ص ٣٨٩.
(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٨٩، ولم نعثر على كلام الشهيد.

ولو ضمن كلّ من المديونَين ما على صاحبه تعاكست الأصالة والفرعية فيهما إن أجازهما ويتساقطان،

الفتاوى ممّن تعرّض له والضرورة.

الثالث: البطلان، للحصر في الأُمور الثلاثة، وقد بطل اثنان فتعيّن الثالث. وفي «المختلف[1]» أنّه أقوى. وفي «جامع المقاصد[2]» أنّه أصحّ.

وممّا ذكر يعرف وجه الإشكال، فيكون دائراً بين الأقوال الثلاثة، فيكون منشؤه أُصالة الصحّة، ووقوعه من أهله، ومن اتّحاد الحقّ ومن عدم الأُولوية.

[في ضمان كلّ من المديونَين ما على الآخر]

قوله: ﴿ولو ضمن كلّ من المديونَين ما على صاحبه تعاكست الأصالة والفرعية فيهما إن أجازهما ويتساقطان﴾ إذا كان لرجل على اثنين عشرة دراهم على كلّ واحدٍ خمسة، وضمن كلٌّ منهما ما على صاحبه، فلا شكّ في صحّة الضمان كما في «المسالك[3]» وبه صرّح في «المبسوط[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والتذكرة[7]» وغيرها[8] وانتقال ما في ذمّة كلٍّ منهما إلى الآخر إذا أجاز المضمون له الضمان، لكنّه لم يفد شيئاً عندنا في باب المطالبة، لأنّه عندنا ناقل، فكانا في الدَّين والمطالبة كما كانا قبل الضمان إذا وقع ذلك دفعةً، لكن يصير كلّ واحدٍ بضمانه

---

(١) مختلف الشيعة: في الضمان ج ٥ ص ٤٦٧.

(٢ و٨) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٢.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٥.

(٤) المبسوط: في ترامي الضمناء ج ٢ ص ٣٢٩.

(٥) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١١.

(٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦٢.

(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٦٥.

فلو شرط أحدهما الضمان من مالٍ بعينه وحجر عليه لفلسٍ قبل الأداء رجع على الموسر بما أدّى ويضرب الموسر مع الغرماء،

فرعاً وبمضمونيّته أصلاً، فتتعاكس الأصالة والفرعية، فيصير كلّ واحدٍ منهما فرعاً بالجهة الّتي يكون بها الآخر أصلاً، فيتساقطان بعد أداء الدَينين إذا كان ضمانهما بسؤال، والمفروض أنّهما متساويان قدراً ووصفاً، ولم يتغيّر وصف الدَين بالحلول والتأجيل، فيقع التهاتر والتقاصّ.

وإنّما تظهر الفائدة في باب الأصالة والفرعية حيث تعاكسا كما أشار إليه المصنّف بقوله «تعاكست ... إلى آخره» فإنّه إذا أبرأ المضمون له أحدهما فإنّه يبرأ الآخر، وأنّه إذا أدّى بعضه وأبرأه المضمون له من الباقي لم يكن له الرجوع على المضمون عنه إلّا بما أدّاه.

وتظهر الفائدة أيضاً في انفكاك الرهن الّذي كان على الدَينين أو على أحدهما، لأنّ الضمان بمنزلة الأداء. وإن اختلف وصف الدَينين بالقلّة والكثرة والحلول والتأجيل ووصف الضمان بالتبرّع وعدمه ظهرت فوائد اُخر، مضافاً إلى ما سيأتي[1] في كلام المصنّف. وقد تضمّن جميع ذلك مجموع كلامهم. وقوله في «الشرائع[2]» ولو أبرأ الغريم أحدهما برئ ممّا ضمنه دون شريكه ليس فيه مخالفة لما قلناه، إذ معناه أنّ شريكه لا يبرأ ممّا ضمنه لكنّه يبرأ ممّا كان عليه. ولا يخفى أنّ ذلك إنّما هو إذا كان الضمان دفعة وأجاز صاحب الدَين، فإن وقع على التعاقب كان الجميع على الأخير ولو ردّ أحدهما طولب مَن اُجيز ضمانه بالجميع كما يأتي في كلام المصنّف.

قوله: ﴿فلو شرط أحدهما الضمان من مالٍ بعينه وحجر عليه لفلسٍ قبل الأداء رجع على الموسر بما أدّى ويضرب الموسر مع الغرماء﴾

---

(١) سيأتي قريباً في كلامه الآتي.

(٢) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١١.

وإلّا طولب مَن أُجيز ضمانه بالجميع خاصّة،

هذا الفرع من متفرّدات هذا الكتاب، وهو مبنيّ على صحّة الضمان في مال بعينه، وهو من متفرّدات المصنّف أيضاً.

وحاصله: أنّ من فوائد ما إذا ضمن كلّ من المديونين ما على صاحبه أنّه لو شرط أحدهما في عقد الضمان الأداء من مالٍ بعينه وكان المال المشروط الأداء منه يفي بذلك الدَين، إذ لو قصر لكان الضامن بالزائد من جملة الغرماء، ثمّ إنّه حجر عليه للفلس قبل أداء الدَين المضمون، فإنّ المضمون له مقدّم على الغرماء بدَينه، لتعلّقه بالعين المشروط الأداء منها كما في دَين المرتهن، فإذا استوفاه من العين استحقّه المفلّس على الموسر فيرجع عليه به ولا يتساقطان إذا أدّى الموسر الدَين الآخر قبل الحجر، لاختلاف الدَينين حكماً، لأنّ المفلّس يستحقّ الجميع والآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصّة، وما يبقى له بعد التحاصّ غير مستحق الآن فلا يصحّ التساقط. وإنّما قلنا إنّ الموسر أدّى الدَين قبل الحجر، لأنّه لو كان بعده لاتّجه أن يصير إلى ما بعد الفكّ، ولا يزاحم الغرماء كمن باع بعد الحجر كما تقدّم[1] لأنّ الضامن لا يستحقّ شيئاً على المضمون عنه إلّا بعد الأداء، ولهذا لا يستحقّ الأخذ قبله. وأيضاً فلابدّ من كون الإفلاس طارئاً بعد الضمان أو كون المضمون له عالماً بتقدّمه أو رضاه بعد علمه، فإنّه لو لم يكن عالماً وفسخ لمّا علم لم يترتّب هذا الحكم، كما نصّ على ذلك كلّه في «جامع المقاصد[2]».

قوله: ﴿وإلّا طولب مَن أُجيز ضمانه بالجميع خاصّة﴾ أي وإن لم يجز المضمون له ضمانهما بل أجاز ضمان أحدهما كان الدَينان معاً عليه وطولب بهما

---

(١) تقدّم ما يدلّ عليه في ص ٢٤٧ ـ ٢٥١.

(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصده ويقبل قوله مع اليمين، فإن أطلق فالوجه التقسيط،

ولم يبق له مطالبة الآخر، لكن الضامن يرجع على الآخر إن ضمن بإذنه وإلّا فلا. والوجه في ذلك كلّه واضح. وبه صرّح في «التذكرة[1]» وكذا «التحرير[2] وجامع المقاصد[3]».

قوله: ﴿فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصده، ويقبل قوله مع اليمين﴾ أي إن دفع مَن أُجيز ضمانه دون صاحبه نصف الدَين مثلاً ـ وبالجملة بعضاً منه إذ الحكم لا يختصّ بالنصف ـ انصرف المدفوع إلى ما قصده الدافع، فإن قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه، وإن قصده عنه رجع عليه. فإن وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدّم قوله بيمينه لأنّه أعرف بقصده، وصرفه إلى شيء بخصوصه إنّما يكون به.

قوله: ﴿فإن أطلق فالوجه التقسيط﴾ أي دفع نصف الدَينين مثلاً ولم يقصد عن أحدهما ولا عن المجموع، فالوجه عند المصنّف هنا التقسيط أي توزيع المدفوع على الدَينين بالنسبة. وهو خيرة «المختلف[4] وجامع المقاصد[5]» في مثله في باب الرهن، والأخير في المقام، لأنّه قد وقع صحيحاً وليس أحدهما أولى من الآخر، وأنّه قد ملكه ملكاً تامّاً فإمّا عن الدَينين أو عن أحدهما بعينه أو لا عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه، والكلّ باطل، لاستحالة الترجيح وملك المقضي به مع عدم زوال المقضي عن الذمّة، ولأنّه إن لم يـزل عن ذمّته شيء منهما لزم المحال، وإلّا كان هو المقضيّ عنه، ويحتمل صرفه الآن إلى مَن شاء لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٦٥.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٥٦٢ ـ ٥٦٣.
(٣ و٥) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٤.
(٤) مختلف الشيعة: في الرهن ج ٥ ص ٤٢٦.

ويتصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيط.

وهو خيرة «الإيضاح[1]» في المقام والشيخ[2] في مثله في باب الرهن.

وردّ[3] بأنّ ملك القابض للمقبوض يقضي بأنّه لابدّ أن يقع على شيء.

وقد يجاب[4] بأنّ القابض لا يملكه أو يملكه عمّا في ذمّته وإليه التعيين. ومثله ما إذا قال: زوجتي طالق ولم ينو واحدة منهما فتستخرج إمّا بالقرعة أو بتعيينه، وما إذا كان له مالان غائب وحاضر ودفع الزكاة من دون تعيين، وما إذا أعتق عبداً عن كفّارته وكان عليه كفّارتان إلى غير ذلك من النظائر.

ولم يرجّح المصنّف في مثله في باب الرهن في «الكتاب[5] والتحرير[6]» ولا ولده في «الإيضاح[7]» ولا الشهيد[8] ولا المصنّف في «التذكرة[9]» في مثله في المقام في «الدروس»*.

[في ما إذا أبرأ الضامن عن بعض الدَينين]

قوله: ﴿ويتصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيط﴾

---

* ـ كذا في ثلاث نسخ، والظاهر أنّ قوله «في الدروس» بعد قوله «ولا الشهيد» (محسن).

---

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٩٠.

(٢) المبسوط: في أحكام الرهن ج ٢ ص ٢٣٧.

(٣) ردّه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٤.

(٤) لم نعثر على هذا المجيب فيما بأيدينا من الكتب.

(٥) قواعد الأحكام: في الرهن ج ٢ ص ١٢٨.

(٦) تحرير الأحكام: في الرهن ج ٢ ص ٤٩٩.

(٧) إيضاح الفوائد: في الرهن في التنازع ج ٢ ص ٤٣ ـ ٤٤.

(٨) الدروس الشرعية: في أحكام الرهن ج ٣ ص ٤٠٧.

(٩) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ١٤ ص ٣٦٦.

ولو ادّعى الأصيل قصده ففي توجّه اليمين عليه أو على الضامن إشكالٌ، من عدم توجّه اليمين لحقّ الغير وخفاء القصد.

أي إذا أبرأ المضمون له الضامن عن بعض الدّينين فإن عيّنه من واحدٍ منهما أو من كلٍّ منهما فلا كلام، وإن أطلق الإبراء وعراه عن القصد إلى شيء مخصوص من واحدٍ منهما أو من كلٍّ منهما بالنسبة فالحكم عند المصنّف التقسيط المذكور في ما تقدّم لعين ما تقدّم [1].

[فيما لو ادّعى الأصيل من الإبراء دَينه]

قوله: ﴿ولو ادّعى الأصيل قصده ففي توجّه اليمين عليه أو على الضامن إشكالٌ، من عدم توجّه اليمين لحقّ الغير وخفاء القصد﴾ هذه عين عبارة «التذكرة [2]» ومعناها أنّه لو ادّعى الأصيل ـ أي المضمون عنه ـ على الضامن أنّ المضمون له قصده في إطلاق عقد الإبراء وأنّه قد برئ بذلك، ففي توجّه اليمين على المبرئ أو الضامن إشكال. ينشأ في الأوّل من أنّه منكر والدعوى على قصده فيحلف، ومن أنّ حلفه لإثبات مال الغير لا غير، لأنّه لو حلف لم يدفع بها شيئاً عن نفسه ولا يثبت بها لها شيئاً، نعم إن أثّرت فإنّما تؤثّر في رجوع الضامن على المضمون عنه بما يؤدّي. وينشأ في الثاني من أنّ الغريم في الحقيقة إنّما هو الضامن، لأنّه لو اعترف بما ادّعى المضمون عنه لم يرجع عليه فيكلّف باليمين فلعلّه يخاف فيعترف، ومن أنّه حلف على قصد المبرئ وهو أمرٌ يخفى على غيره فلا يحلف الضامن على قصده.

وهذا إيضاح ما في «الإيضاح [3]» لأنّه فرض المسألة فيما إذا أطلق المبرئ وادّعى المضمون عنه أنّه قصده، فاحتمل توجّه اليمين على المبرئ ثمّ صحّح العدم لأنّه حلف لإثبات حقّ الغير، ثمّ احتمل عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرئ، فصار

---

(١) تقدّم في ص ٤٧٢.
(٢) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٤.
(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٩٠.

الحاصل أنّه يحتمل حلف كلٍّ من المبرئ والضامن، لكنّ الراجح عنده عدم حلفهما. ولمّا كان ذلك كذلك صحّ له أن يقول فيقسّط. ومعناه أنّه لمّا لم يتوجّه الحلف على المبرئ ولا على الضامن رجعنا إلى الإطلاق وحكمه التقسيط. فما ادّعاه عليه المحقّق الثاني [1] من جملة الشقّ الثاني من شقّي الإشكال غير جيّد، وقال: إنّ الإشكال ينشأ من أنّ اليمين من المبرئ لإثبات حقّ الغير فيمتنع توجّهها إليه، ومن أنّ القصد أمرٌ خفي فلا يحلف الضامن على قصد المبرئ بل تنحصر اليمين في جانبه فليلحظ، إذ حاصل الوجه الثاني انحصار اليمين في جانب المبرئ كما صرّح هو به، وحاصل الأوّل على الظاهر منه انحصارها في جانب الضامن. وحاصلهما قيام الاحتمالين في كلٍّ منهما ــ أي الضامن والمبرئ ــ وهذا ما في «الإيضاح». غير أنّه لمّا ترجّح عنده عدم حلف كلٍّ منهما قال بالتقسيط.

ثمّ إنّه قال: والّذي يقتضيه النظر أنّ المبرئ إن صرّح في عقد الإبراء بعين الدَين الّذي يبرأ منه بحيث علم الضامن بذلك جاز حلفه على عدم سقوط الحقّ عن ذمّة المضمون عنه، وإلّا لم يحلف على البتّ بل على نفي العلم [2].

وفيه: أنّ الأوّل خارج عن محلّ الفرض لأنّ محلّه ما إذا أطلق. وأمّا الحلف على نفي العلم فلا يجدي الضامن بل يضرّه، لأنّه يرجع جوابه إلى أنّي لا أعلم، والمضمون عنه يدّعي العلم بأنّ الإبراء إنّما هو له، فيحلف ويبرأ على قول أو يبرأ من دون حلف على اختلاف الرأيين: فما جعله المحقّق الثاني مقتضى النظر غير صحيح ولا محرّر، سلّمنا أنّه لا يضرّه وما كان ليكون، فأقصى ما هناك أن تقول كما قال هو أنّه إذا حلف على نفي العلم انتفى المسقط للدَين الّذي في ذمّة المضمون عنه، فيتمسّك بأصالة بقاء الدَين، فيستحقّ الرجوع عليه إذا أدّى. ثمّ إنّه تأمّل فيه من حيث إنّ عدم علمه بالمسقط لا يقتضي عدمه، وأصالة بقاء الدَين قد زالت بالقطع بوجود

(١ و ٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٥ و٣٤٦.

ولو ضمن الثالث المتبرّع بسؤاله رجع عليه دون الأصيل وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء.

مسقط أحد الدَينين كما زال أصل الطهارة عمّا اشتبه فيه الطاهر بالنجس، لأنّ الإبراء ثابت والمبرأ منه مشتبه [١]، انتهى.

وهذا يقضي بأنّ المسألة مفروضة فيما إذا قصد أحد الدَينين ثمّ اشتبه، وأنت تعلم أنّ المفروض خلافه. والّذي يقتضيه النظر في المقام أن يقال: إنّه لو قال المبرئ أبرأت عن الأصل وقال المضمون عنه بل عن الضمان فالقول قول المبرئ من دون يمين، وينظر بعد ذلك في دعوى المضمون عنه على الضامن فيحكم بينهما بما تقتضيه القواعد. وكذا لو أطلق المبرئ وقال قصدت بالإطلاق الإبراء عن الأصل أو عن الدَينين على النسبة والتقسيط فالقول قوله أيضاً من دون يمين. وعلى هذا فلا مجال للقرعة وإن قال المحقّق الثاني [٢]: ولا أرى هنا شيئاً أوجه من القرعة.

[في ما لو تبرّع أحد بضمان الضامن]

قوله: ﴿ولو ضمن الثالث المتبرّع بسؤاله رجع عليه دون الأصيل وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء﴾ قال في «التذكرة [٣]»: لو تبرّع بالضمان، ثمّ سأل ثالثاً الضمان عنه فضمن رجع عليه دون الأصيل وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء، ومعناه أنّه لو ضمن زيد ما في ذمّة عمرو تبرّعاً ثمّ سأل زيد بكراً أن يضمن ما ضمنه فضمن وأدّى فإنّه يرجع على زيد ولا يرجع على بكر الّذي هو الأصيل وإن أذن ـ أي الأصيل ـ للضامن الثاني ـ أعني بكراً ـ في ضمان الضامن

(١ و٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٤.

ولو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحقّ فقد برئ وإن لم يأذن الضامن في الدفع،

المتبرّع وفي أداء المال، لأنّ ذمّة الأصيل قد برئت بضمان الضامن الأوّل، فلا أثر لإذنه في الضمان ولا في الأداء.

[فيما لو دفع الأصيل إلى المستحقّ]

قوله: ﴿ولو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحقّ فقد برئ وإن لم يأذن الضامن في الدفع﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «الشرائع[1] والتذكرة[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» وغيرها[5]. ومعناه أنّه إذا دفع المضمون عنه الدَين إلى الضامن أو المستحقّ فقد برئت ذمّته، لأنّه إذا دفع إلى الضامن وكان الضامن قد أدّى قام هذا المدفوع مقام ما أدّاه كما هو واضح، وإن كان لم يؤدّ فقد تبرّع بالأداء قبل وجوبه فلا يستحقّه وليس له التصرّف فيه. نعم له دفعه في الدَين تبعاً للإذن، فإن أدّى منه فواضح، وإن أدّى من غيره قام هذا مقام المدفوع. وعدم استحقاقه عليه شيئاً إلّا بعد الأداء لا يمنع من دفعه إليه لجهة ذلك الدَين. وإن أُبرئ من الدَين أو بعضه وجب عليه ردّه أو ردّ بعض ما قابله.

ويبقى الكلام فيما إذا تلف في يده بغير تفريط، ولعلّ الظاهر أنّه كالمقبوض بالسوم على تأمّل، ولا إشكال فيما إذا قال له: اقض به ما ضمنت عنّي، فإنّه حينئذٍ وكيل والمال أمانة.

---

(١) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٤.

(٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٨.

(٥) كتحرير الأحكام: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٥٦٢.

وعلى الضامن البيّنة بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدَين.

ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحقّ بالبيّنة لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدَين أيضاً أو الإذن، وإلّا رجع اقتصاصاً إلّا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بيّنة.

وأمّا براءتها بدفعه إلى المستحقّ فلأنّ الضامن لا يرجع عليه حينئذٍ بشيء، لأنّه لم يؤدّ عنه شيئاً، أقصى ما هناك أنّ الأصيل قد تبرّع بأداء الدَين الّذي لزم الضامن بالضمان، وهذا لا يمنع من براءة ذمّته.

[في ما لو أنكر الأصيل الضمان]

قوله: ﴿وعلى الضامن البيّنة بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدَين﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» ومعناه أنّه ضمن فأنكر الأصيل الإذن في الضمان، فالقول قوله مع اليمين، وعلى الضامن البيّنة بالإذن. وكذا لو أنكر الأصيل الدَين الّذي ضمنه الضامن فإنّ عليه البيّنة بالإذن أيضاً في ضمان الدَين وليس البيّنة بثبوت الدَين، ولزومه أنّه مدّعٍ على كلّ واحدٍ من التقديرين. والأصل عدم الإذن في الأوّل والأصل براءة الذمّة من الدَين وعدم الإذن في الثاني. وقد يعطي كلام المحقق الثاني أنّ عليه البيّنة بثبوت الدَين لأنّه قال: لأنّه مدّعٍ على كلّ واحدٍ من التقديرين واستحقاقه الرجوع مشروط بكلٍّ من الأمرين، ومراده بالأمرين الإذن والدَين.

[في ما لو أنكر الضامن الضمان]

قوله: ﴿ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحقّ بالبيّنة لم

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٤.

(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٧.

يرجع على الأصيل إن أنكر الدَين أو الإذن، وإلّا رجع اقتصاصاً إلّا أن ينكر الأصيل الإذن، ولا بيّنة﴾ هذه عين عبارة «التذكرة[1]» وقد فهم منها في «جامع المقاصد» خلاف المراد فأورد واحتمل ما احتمل.

ومعناها: أنّ الضامن بزعم المستحقّ لو أنكر كونه ضامناً فأقام المستحقّ للدَين ـ وهو المضمون له ـ البيّنة بكونه ضامناً واستوفى ما شهدت البيّنة بضمانه له لم يرجع على الدَين الّذي في ذمّة الأصيل مقاصّةً للمستحقّ صاحب الدَين، لأن كان ظالماً له إن كان الضامن قد أنكر الدَين أو أنكر الإذن في الضمان والأداء، لأنّه إذا أنكر الدَين امتنع استحقاقه مقاصّة صاحب الدَين ممّا في ذمّة الأصيل. وكذا إن أنكر إذن الأصيل في الضمان أو الأداء، لأنّه ليس له عليه حينئذٍ وجهٌ شرعي، وإلّا ينكر الدَين والإذن كأن يقول له: أنت أذنت لي في وفاء دَينك وشرطت لي الرجوع، وهذا توهّم وأخذني بالضمان، وبيّنته توهّمت فشهدت له بذلك، فأنت يجب عليك لمكان إذنك وشرطك أن تعطيني ما في ذمّتك له اقتصاصاً، لأنّه ظلمني وأخذني بالضمان، وقد حصل وفاء دَينك على شرطه، وها هو ذا قد أعرض عمّا في ذمّتك لمكان ما أخذه منّي بزعمه أنّي ضامن له. فإن أنكر الأصيل الإذن في الأداء وقال إنّما ظلمك وسكت عمّا له في ذمّتي إمّا إعراضاً بالكلّية أو إلى مدّة أو نحو ذلك ولا بيّنة للضامن عليه بذلك ـ أي الإذن والشرط ـ واستحلفه فحلف فإنّه لا يتوجّه له عليه الرجوع مقاصّةً بوجهٍ من الوجوه. وترك المصنّف ما إذا أنكر الأصيل الدَين لوضوح حاله. وهذا معنى صحيح لا غبار عليه.

والمحقّق الثاني فرض المسألة فيما إذا أنكر الضامن في نفس كونه ضامناً، ووجّه عدم رجوعه على الأصيل بأنّه بإنكاره الضمان مقرّ بأنّه لا يستحقّ في ذمّة المضمون عنه شيئاً، قال: إذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير إنّما هو الضمان وقد نفاه،

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٤.

ولا تنفعه البيّنة، لأنّه مكذّب لها بنفي الضمان واقتضاء نفيه كونه مظلوماً في المطالبة والأخذ. قال: ولا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدَين أيضاً ـ أي مع إنكاره الضمان ـ أو ينكر الإذن فيه من المضمون عنه وعدمه، كما هو ظاهر، فلا يظهر الوجه في اشتراط المصنّف لعدم الرجوع على الأصيل أحد الأمرين.

وكذا قوله «وإلّا رجع اقتصاصاً إلّا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بيّنة» إذ المعنى وإن لم ينكر واحداً من الأمرين رجع على المضمون عنه اقتصاصاً ـ أي باطناً على ما فسّره بعضهم ـ ولا يستقيم غيره على فرض المسألة في الضمان ـ أي لا في الإذن في الأداء ـ إلّا أن ينكر الأصيل الإذن في الضمان ولا بيّنة. هذا وجه عدم ظهور وجهه، لأنّه إذا كان رجوعه اقتصاصاً وقع الضمان في نفس الأمر، هذا كلامه.

ثمّ إنّه احتمل تنزيل العبارة على وجهٍ باردٍ بعيد، ثمّ إنّه قال: يمكن أن يقال: إنّه إذا كان ضامناً في نفس الأمر بسؤال لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرّد إنكار الضمان إذا أدّى الدَين إلى المستحقّ بالبيّنة، لأنّ لاستحقاق الرجوع طريقين: أحدهما الضمان بسؤال إذا أدّى الضامن، والثاني أداء الدَين بالإذن وشرط الرجوع، فإذا انتفى الاستحقاق لإنكار أحدهما لم ينتف مطلقاً، إذ لا يلزم من نفي الأخصّ نفي الأعمّ كما هو ظاهر، فيرجع اقتصاصاً إلى أُخذ الحقّ الّذي يستحقّه في نفس الأمر بشروط: الأوّل: أن لا ينكر الضامن أصل الدَين، فإنّه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضاً. الثاني: أن لا ينكر الإذن، فإن أنكره فكالأوّل. الثالث: أن لا ينكر المضمون عنه الإذن أو تثبت بحجّة شرعية، فإن انتفت امتنع الرجوع أيضاً، وحينئذٍ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطناً كما قيل، بل يرجع على هذا التقدير ظاهراً. وطريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور أن يقول للمضمون عنه: إنّي أدّيت دَينك على وجهٍ يلزمك الأداء إليَّ، ويقيم عليه البيّنة بالإذن إن كانت، وإن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالإذن، لأنّ التوصّل إلى

ولو أنكر المستحقّ دفع الضامن بسؤال قُدّم إنكاره،

الحقّ بطريقٍ لا يكون مشتملاً على محذور جائز.

ثمّ قال: فإن قيل هل يسوغ أن تشهد البيّنة بالإذن على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه مع العلم بأنّ طريق الاستحقاق إنّما هو الضمان بسؤال وقد امتنع بإنكاره؟ قلنا: لا محذور إذا كان مطابق الواقع، أمّا مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة البيّنة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحدٍ من الطريقين؟ الظاهر نعم حتّى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحدٍ منهما لم يلزم[1]، انتهى.

وأنت خبير بأنّه إذا كان ضامناً في نفس الأمر ومتن الواقع يبعد تصوير الشروط الثلاثة وماذا عسى يجدي إنكار المضمون عنه الإذن في رفع الاقتصاص منه باطناً بعد علم الضامن بالدّين والإذن في الضمان والأداء وشرط الرجوع؟ إن هو إلّا مديون جاحد إلّا أن يفرض نسيانه، ولهذا جعل لمطالبته ما سمعته من الطريق. وأنت إذا حملت العبارة على ما ذكرناه خلصت من هذه التكلّفات.

وما ذكرناه قد نبّه عليه الشهيد في «حواشيه» على قوله «وإلّا رجع بقوله» لأنّ المضمون له ظلمه فيرجع على ماله الموجود في ذمّة الأُصيل اقتصاصاً[2]، انتهى.

هذا ولا يجوز أن يجعل الضمير في قوله «إن أنكر الدّين» راجعاً إلى الأُصيل لوجوهٍ لا تخفى.

[في ما لو أنكر المضمون له أخذ حقه عن الضامن]

قوله: ﴿ولو أنكر المستحقّ دفع الضامن بسؤال قُدّم إنكاره﴾ كما

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٩.

(٢) الحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٩ س ١ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

فإن شهد الأصيل ولا تهمة قبلت،

في «المبسوط[١]» وأكثر ما تأخّر عنه[٢]. ووجهه واضح، لأنّه منكر، فالقول قوله مع يمينه. ومعناه أنّه لو أنكر المستحقّ وصول الحقّ إليه من الضامن الّذي ضمن بسؤال المضمون عنه قُدّم إنكاره. وقيّده بذلك ــ أي السؤال ــ لأنّه لو كان تبرّعاً لم يتطرّق إلى المضمون عنه تهمةٌ لبراءة ذمّته، فهو كالتمهيد لما قبله، وإلّا فلا فرق في تقديم قول المستحقّ بين ضمانه بسؤاله وعدمه.

قوله: ﴿فإن شهد الأصيل ولا تهمة قُبلت﴾ كما في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتحرير[٥] والتذكرة[٦] والإرشاد[٧] والحواشي[٨] واللمعة[٩] وجامع المقاصد[١٠]» لأنّه إن كان آمراً بالضمان فشهادته شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع وشهادة لغيره فتسمع، وأمّا إذا كان متبرّعاً فوجهه واضح، لأنّه أجنبي لبراءته من الدَين أدّى أم لم يؤدّ.

والتهمة تتحقّق بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه لو لم يثبت الأداء فتردّ. وقد ذكروا[١١] أنّ من صوَر التهمة أن يكون معسراً ولو لم يعلم المضمون له

(١ و٣) المبسوط: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٣٢٣.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٨، والعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٥٦٣.

(٤) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١١ ــ ١١٢.

(٥) تحرير الأحكام: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٥٦٣.

(٦) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٥.

(٧) إرشاد الأذهان: في الضمان ج ١ ص ٤٠٢.

(٨) الحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٩ س ٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٩) اللمعة الدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

(١٠) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٠.

(١١) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٩، والمحقّق ←

بإعساره فإنّ له فسخ الضمان حينئذٍ، ويرجع على المضمون عنه، فشهادة الأصيل تدفع عنه عود الحقّ إلى ذمّته. ومنها أن يكون الضامن قد صالح على أقلّ من الحقّ فيكون رجوعه إنّما هو بذلك المصالح به فيقلّ ما يؤدّيه عن أصل الحقّ لو ثبت الأداء على هذا الوجه. وقال جماعة[1]: في هذا نظر، إذ يكفي لعدم وجوب الزائد إقرار الضامن بذلك ولا حاجة إلى الثبوت ظاهراً، فتندفع التهمة فتقبل الشهادة. ومنها أن يكون قد تجدّد الحجر عليه للفلس، والمضمون عنه أحد غرمائه، فإنّه بثبوت الأداء تقلّ الغرماء فيزداد ما يضرب به. وقال جماعة: لا فرق في هذه الصورة والأُولى بين كون الضامن متبرّعاً وبسؤال، لأنّ فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين ومع الإفلاس ظاهر.

قلت: ليس فيه من الظهور شيء، لأنّ توفير مال المفلّس بشهادته وازدياد ما يضرب به إنّما يتحقّق وينفعه إذا تبرّع الضامن، أمّا في حال السؤال فإنّ شهادته تضرّه كما إذا كان له على الضامن مائة ولزيد مائة والمال المضمون خمسون ومال المفلّس خمسون، فإنّه لو قبلت شهادته صار مال المفلّس مائة وليس للمضمون عنه إلّا الخمسون الّتي في ذمّته، وأمّا إذا ردّت شهادته فإنّه يبقى للمضمون عنه خمسة عشر، لأنّا إذا وزّعنا مال المفلّس وهو الخمسون على مائة المضمون عنه ومائة زيد والخمسين المضمونة يصير لكلّ خمسين عشرة، فإذا لم تقبل شهادته يكون له عشرون وللمضمون له عشرة ولزيد عشرون، فإذا استردّ زيد من المضمون عنه نصف ما أخذ المضمون له بقي للمضمون له خمسة عشر، وإذا قبلت شهادته لم يبق له شيء.

← الثاني في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٠، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٣٠٣.

(١) منهم الشهيد الثاني في الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٣٠، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٠، والبحراني في الحدائق الناضرة: في اختلاف الضامن والمضمون له ج ٢١ ص ٤٣.

ومعها يُغرم ثانياً ويرجع على الأصيل بالأوّل مع مساواته الحقّ أو قصوره، ولو لم يشهد رجع بالأقلّ من الثاني والأوّل والحقّ.

وقد حكى الشهيد[1] عن الفخر أنّ شهادة المضمون عنه بالضمان تردّ إجماعاً وبالأداء إن أثّرت في البراءة فكالضمان على التأمّل عندهم، انتهى.

قوله: ﴿ومعها يُغرم ثانياً ويرجع على الأصيل بالأوّل مع مساواته الحقّ أو قصوره﴾ كما في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3] والروضة[4] والمسالك[5] والكفاية[6]» ومعناه أنّه مع التهمة يغرم الضامن ثانياً، لانتفاء ثبوت الأداء، وإنّما يرجع على الأصيل بالأوّل بشرط أن لا يزيد على الدين، لأنّه قد علم أنّه لا يستحقّ الرجوع بالزائد. ووجهه أنّه هو الّذي وقع به الأداء باعترافه، والثاني ظلم وإن كان بقدر الدين. وهذا القيد مرادفي عبارة من تركه كالمحقّق[7] والمصنّف[8] في غير الكتاب وغيرهما[9]. وكذلك لو ردّت شهادته لعدم عدالته. ومثله ما لو صدّقه ولم يشهد.

قوله: ﴿ولو لم يشهد رجع بالأقلّ من الثاني والأوّل والحقّ﴾ كما في «التذكرة[10] وجامع المقاصد[11] والروضة[12] والمسالك[13] والكفاية[14]» ومعناه

---

(١) الحاشية النجّارية: في الضمان ص ٧٩ س ٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢ و ١٠) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٨٥.

(٣ و ١١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٠ و ٣٥١.

(٤ و ١٢) الروضة البهية: في الضمان ج ٤ ص ١٣٠ ـ ١٣٢.

(٥ و ١٣) مسالك الأفهام: في أحكام ضمان المال ج ٤ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠.

(٦ و ١٤) كفاية الأحكام: في الضمان ج ١ ص ٥٩٦.

(٧) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١٢.

(٨) كتحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦٣.

(٩) كالبحراني في الحدائق الناضرة: في اختلاف الضامن والمضمون له ... ج ٢١ ص ٤٣.

ولو ادّعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحقّ، فإن كان في غَيبةالآذن فهومقصّر بترك الإشهاد،إذ كان من حقّه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات، فلايرجع عليهإن كذّبه، وإن صدّقه احتُمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل،

أنّه لو أنكر المستحقّ الدفع إليه ولم يشهد المضمون عنه وحلف المضمون له وغرم الضامن ثانياً فإنّه يرجع على المضمون عنه بالأقلّ من الثلاثة المذكورة، لأنّه إذا كان ما دفعه أوّلاً أقلّ فقد اعترف الضامن بأنّه لا يستحقّ غيره، لأنّه يزعم أنّه مظلوم في الأخذمنه ثانياً، فالأداء الصحيح عنده هو الأوّل فيؤاخذ به. وأمّا إذا كان الثاني أقلّ فلأنّ الأداء الأوّل الّذي يدّعيه لم يثبت، والثابت ظاهراً هو الثاني. وأمّا إذا كان الحقّ أقلّ منهما فلأنّه إنّما يرجع بالأقلّ من المدفوع والحقّ.

وفي «الشرائع[1]» وغيرها[2] أنّه لو لم يشهد رجع الضامن بما أدّاه أخيراً، ولابدّ من تقييده بما إذا لم يزد على ما ادّعى دفعه أوّلاً ولا على الحقّ، وإلّا رجع بالأقلّ من الثلاثة كما في الكتاب.

وقول المصنّف وغيره«ولو لم يشهد ... إلى آخره» لابدّ من تقييده بعدم اعترافه بالدفع الأوّل. ولو جعل مناط الحكم عدم تصديقه كما في «اللمعة[3]» لكان أجود لتناول عدم الشهادة وغيره.

[في ما لو ادّعى الضامن القضاء فانكره الداين]

قوله: ﴿ولو ادّعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحقّ، فإن

(١) شرائع الإسلام: في الضمان ج ٢ ص ١١٢.
(٢) كتحريرالأحكام: في الضمان ج٢ص ٥٦٣.
(٣) اللمعةالدمشقية: في الضمان ص ١٤٤.

كان في غَيبة الآذن فهو مقصّر بترك الإشهاد، إذ كان من حقّه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات فلا يرجع عليه إن كذّبه، وإن صدّقه احتُمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل﴾ وبمثل ذلك عبّر في «التحرير[١]». وفي «الإيضاح[٢] والحواشي[٣] وجامع المقاصد[٤]» في باب الرهن أنّه لو ادّعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله في حقّ الراهن، ولو لا ذلك لأدّى إلى عدم قبول الوكالة فيفضي إلى الضرر. والمصنّف[٥] هناك يستفاد منه الإشكال. وقال في باب الوكالة[٦]: لو كان وكيلاً في قضاء الدَين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال. وفي وكالة «المبسوط[٧] والتذكرة[٨] والإيضاح[٩] وجامع المقاصد[١٠]» أنّ الأصحّ الضمان إلّا أن يؤدّ بحضرة الموكّل. وهو خيرة «التذكرة[١١]» في المقام في أوّل كلامه.

ثمّ عد إلى عبارة الكتاب، ومعناها: أنّه لو ادّعى قضاء الدَين الشخص المأذون له فيه فأنكر المستحقّ ـ أي صاحب الدَين ـ فإن كان ذلك في غَيبته فهو مقصّر في ترك الإشهاد، إذ كان من الحقّ الواجب عليه الاحتياط للآذن في إسقاط حقّ الغير عنه ظاهراً وباطناً، وتمهيد طريق الإثبات بالإشهاد ليقطع عنه الدعوى، فحيث ترك الإشهاد صار كأنّه لم يقض، فلا يستحقّ رجوعاً إن كذّبه، وإن صدّقه احتمل ذلك، يعني عدم الرجوع، لأنّه مقصّر بترك الإشهاد، ولأنّه كمن لم يقض حيث لم ينتفع به

(١) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٦٤.
(٢) إيضاح الفوائد: في الرهن في قبض الرهن ج ٢ ص ٣٤.
(٣) لم نعثر عليه في الحاشية النجّارية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد.
(٤) جامع المقاصد: في الرهن ج ٥ ص ١٢٦.
(٥ و٦) قواعد الأحكام: في الرهن في القبض ج ٢ ص ١٢٢، وفي الوكالة ص ٣٦٣.
(٧) المبسوط: في حكم اختلاف الموكّل والوكيل ج ٢ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧.
(٨) تذكرة الفقهاء: في الوكالة بالقضاء ج ٢ ص ١٣٨ س ١٢ ـ ١٥.
(٩) إيضاح الفوائد: في أحكام الوكالة ج ٢ ص ٣٥١.
(١٠) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٦٧.
(١١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٧٢.

والرجوع لاعترافه ببراءة ذمّته وفعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحقّ.

الأصيل أي المديون الآذن مجازاً، إذ ليس هنا ضمان فيكون مضمون عنه أصيل.

وقال في «جامع المقاصد» في توجيه المقام: إنّ إطلاق الإذن لمّا حمل على القضاء الّذي لا يبقى معه دعوى الدّين ثانياً بحسب الإمكان، وذلك بالإشهاد كان قضاؤه بدونه غير مأذون فيه، فلم يستحقّ رجوعاً. قال: وهذا التوجيه لا يفترق فيه الحال بين تصديق الآذن في الدفع وتكذيبه، فلم يبق لقول المصنّف «إن كذّبه» وجه، ولم يحسن قوله «وإن صدّقه ... إلى آخره» لأنّه يدافع التعليل المذكور. وكان الأولى في العبارة أن يقول: فأنكر المستحقّ، فإن كذّبه ولا طريق للإثبات لم يرجع قطعاً، وإن صدّقه فإن كان في غَيبة الآذن ففي الرجوع احتمالان ينشآن من كونه مقصّراً بترك الإشهاد، إذ كان حقّه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات ولأنّه كمن لم يقض إذ لم ينتفع به الأصيل وعدمه، لأنّ المأذون فيه القضاء وقد حصل [1]، انتهى.

ولعلّ قلمه الشريف سها فأثبت الرجوع مكان عدمه وبالعكس كما هو واضح. ثمّ إنّ قضية التعليل أن لا يكون هناك إلّا احتمال عدم الرجوع وأراه في بيان الاحتمال الأوّل رجع إلى التعليل الأوّل، فلم يكن حينئذٍ الأولى أولى، فليتأمّل. ويأتي [2] في الوديعة ما له نفعٌ تامّ في المقام.

قوله: ﴿**والرجوع لاعترافه ببراءة ذمّته وفعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحقّ**﴾ هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله «احتمل ذلك» وقد قوّاه في أوّل كلامه في «التذكرة [3]» في المقام ثمّ حكى عن الشافعية

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٢.

(٢) سيأتي في ج ٦ ص ٤٢ و٤٦ ـ ٤٧ من الطبعة الرحلية والّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع عشر.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٧١ ـ ٣٧٢، وفي الوكالة بالقضاء ص ١٣٨ س ١٦.

وهل له إحلاف الأصيل لو كذّبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلّفه على نفي العلم بالأداء، وإن قلنا بعدمه، فإن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار لم يحلّفه لأنّ غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل، وإن قلنا: كالبيّنة حلّف فلعلّه ينكل فيحلف.

وجهين: أحدهما عدم الرجوع ونفى عنه البأس، وفي باب الوكالة جزم بعدم الرجوع. وقد وجّه المصنّف الرجوع هنا بأنّه قد اعترف وصدّق ببراءة ذمّته باطناً وأنّه قد فعل ما اُذن له فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحقّ وطلبه ثانياً. وفي «جامع المقاصد» أنّ ضعفه ظاهر، لأنّ اعترافه إنّما هو ببراءة ذمّته باطناً فقط، ففي كونه فعل ما اُذن له فيه منع، وقد سبق سنده [1].

[حكم إحلاف الأصيل لو كذّب الضامن]

قوله: ﴿وهل له إحلاف الأصيل لو كذّبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلّفه على نفي العلم بالأداء، وإن قلنا بعدمه فإن قلنا اليمين المردودة كالإقرار لم يحلفه، لأنّ غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل، وإن قلنا: كالبيّنة حلّف فلعلّه ينكل فيحلف﴾ هذا ذكره في «التذكرة» من فروع العامّة فرّعوه على القول بأنّه إذا صدّقه لا يرجع عليه. قال في «التذكرة» حاكياً عنهم: وعلى هذا القول لو كذّبه الأصيل هل يحلف؟ قال بعض الشافعية: يبنى على أنّه إن صدّقه هل يرجع عليه أم لا؟ إن قلنا نعم حلّفه على نفي العلم بالأداء، وإن قلنا لا يرجع يبنى على أنّ النكول وردّ اليمين كالإقرار أو كالبيّنة، إن قلنا بالأوّل لم يحلفه، لأنّ غايته أن ينكل فيحلف الضامن، ويكون كما لو صدّقه وذلك لا يفيد الرجوع، وإن قلنا بالثاني حلفه طمعاً في أن ينكل فيحلف

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٢.

ولو جحد الأصيل الدفع وصدّقه المستحقّ احتُمل الرجوع ـ لسقوط المطالبة بإقراره الّذي هو أقوى من البيّنة ـ

الضامن، فيكون كما لو أقام البيّنة [1].

وأنت خبير بأنّ هذا التفريع على خصوص القول بالتصديق غير واضح وأنّ دعواه الأداء بإذنه على القول بأنّ الإشهاد واجب لا تسمع ولا تستحقّ جواباً بإنكار ولا إقرار، لأنّها غير محرّرة، وما هي إلّا كما إذا ادّعى عليه أنّه وهبه ولم يذكر الإقباض، نعم إن قال: أدّيت بإذنك وأشهدت وأنت تعلم ذلك، وأجاب الأصيل ـ أي الآذن ـ بالإنكار توجّهت عليه اليمين على نفي العلم، لأنّ المدّعي به فعل الغير. وسمّى المأذون ضامناً مجازاً كما سمّى الآذن أصيلاً. ثمّ إنّ المفروض في كلامهم أنّه ادّعى الأداء بدون إشهاد، وحينئذٍ يكون مقصّراً وفعل فعلاً غير مأذون فيه، فلا ريب في أنّه لا يرجع حينئذٍ سواء أقرّ المأذون أو أثبت ذلك بالبيّنة أو اليمين المردودة، وإن قلنا بأنّه غير مقصّر وأنّه يستحقّ الرجوع بهذا الأداء كان له الرجوع بتصديقه وباليمين المردودة، سواء كانت كالبيّنة أو كالإقرار وإن فرضت المسألة أنّه ادّعى الأداء بإشهاد فلا شبهة في ثبوت ذلك باليمين المردودة، سواء كانت كالبيّنة أو الإقرار، فلا وجه لما ذكروه. وكان الأولى بالمصنّف أن لا يذكره، وإن كان لا بأس بذكره في «التذكرة».

[فيما لو جحد الأصيل وصدّقه المستحقّ]

قوله: ﴿ولو جحد الأصيل الدفع وصدّقه المستحقّ احتُمل الرجوع لسقوط المطالبة بإقراره الّذي هو أقوى من البيّنة﴾ الّتي يمكن ظهور فسقها أو توهّمها وهذا أظهر وجهي الشافعية كما في «التذكرة [2]» لأنّ المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل على أقوى وجه. ومنع في «جامع المقاصد [3]» من كون

(١ و ٢) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٧٣.

(٣) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٥.

وعدمه، إذ قول المستحقّ ليس حجّة على الأصيل. ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير يُنسب إليه. ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين أو مستورَين،

المطلوب بالقضاء ذلك، وإنّما يراد به براءة الذمّة ظاهراً وباطناً.

قلت: لعلّ المراد بسقوط استحقاق المطالبة ظاهراً وباطناً وأنّهم يدّعون أنّه بإقراره واعترافه وتسليطه المأذون عليه سقط حقّه عنه باطناً.

قوله: ﴿وعدمه، إذ قول المستحقّ ليس حجّة على الأصيل﴾ أي واحتمل عدم الرجوع لما ذكر. ونظر فيه صاحب «جامع المقاصد» بأنّ إثبات ذلك بقوله إنّما هو من جهة سقوط المطالبة لا من حيث كونه حجّة عليه، قال: والأصحّ عدم الرجوع لعدم تحقّق ما يقتضي الرجوع، وهو الأداء المأذون فيه، وإقرار المستحقّ لا يحقّقه، لإمكان كذبه وجواز المواطاة بين المستحقّ والضامن بالصبر عليه إلى مدّة وأخذه من المديون[1].

قلت: قد يكون صادقاً، ومنعه حينئذٍ من الرجوع إضرار به، وتكليفه حينئذٍ الدفع للمستحقّ مرّة ثانية بحضوره أو بشاهدين أشدّ ضرراً، فليصدّق للضرر والضرورة، إذ لا يعرف ذلك إلّا من جهتهما كما هو الشأن في أمثال ذلك.

قوله: ﴿ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير يُنسب إليه﴾ هذا قسيم قوله أوّلاً «فإن كان في غَيبة الآذن» وعن بعض الشافعية[2] أنّه يضمن كما لو ترك الإشهاد في غَيبته.

[في إشهاد الضامن على الأداء]

قوله: ﴿ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين أو مستورَين﴾ كما في

---

(١) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٥.

(٢) المجموع: ج ١٤ ص ٣٥ ـ ٣٦.

وفي رجلٍ واحدٍ ليحلف معه نظرٌ.

«التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢]» ولم يرجّح في «المبسوط[٣]» في المستورين اللذين بان فسقهما بعدذلك، والأقرب أنّه ليس بمفرّط، لأنّ البحث عن البواطن إلى الحكّام دون غيرهم، والّذي عليه أن يشهد شاهدين لا يعرف فسقهما وكونهما عدلين في نظر الشرع حين الإشهاد وقد فعل، فالشأن فيهما كما لو فسقا بعد الإشهاد والأداء.

قوله: ﴿وفي رجلٍ واحدٍ ليحلف معه نظرٌ﴾ أي في كونه مفرّطاً لو أشهد رجلاً واحداً عدلاً ليحلف معه عند الحاجة إلى إثبات الدفع إلى المستحقّ نظر ينشأ من تمهيد طريق الإثبات بذلك، فإنّ الدفع يثبت بالشاهد واليمين، وهو الّذي استوجهه في «التذكرة[٤]» ولا ترجيح في «المبسوط[٥] والإيضاح[٦]» ومن أنّه لم يشهد إشهاداً مثبتاً، لأنّ الدفع لا يثبت بشاهدٍ واحد، ولأنّهما قد يترافعان إلى حنفي لا يقضي بالشاهد واليمين فكان ذلك ضرباً من التقصير.

قلت: لا يخفى ما في هذين الوجهين، لأنّ الواجب هو تمهيد طريق الإثبات وهو حاصل بهذا، ولا حاجة بالشيعي إلى الحنفي، ثمّ إنّ الغرض من الإشهاد إنّما هو صحّة الرجوع ودفع المطالبة. قال في «التذكرة»: كلّ موضع قلنا فيه بأنّ المأذون له في الأداء أو الضامن يرجع على الآذن والمضمون عنه بما غرم فإنّما هو مفروض فيما إذا أشهد المؤدّي أو الضامن على الأداء شهادة يثبت بهذا الحكم سواء استشهد رجلين أو رجلاً وامرأتين أو أشهد واحداً اعتماداً على أن يحلف معه[٧].

قلت: فإذا أتى بشاهدة الثقة وشهد لـه عند الحاكم وحلف معه ثبت له الرجوع

(١ و٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٧١.
(٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٥.
(٣ و٥) المبسوط: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٣٣٤ ـ ٣٣٥.
(٦) إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٩١.

ولو اتّفقا على الإشهاد وموت الشهود أو غَيبتهم فلا ضمان.

ولو ادّعاه الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد تعارض أصلا عدم الإشهاد وعدم التقصير، لكن تأيّد الأوّل بأصالة براءة ذمّته عن حقّ الدافع.

واندفعت عن الأصيل المطالبة بحكم الحاكم وتسجيله. فقوله في «جامع المقاصد[1]»: «يرد عليه أنّه لو أمكنه الإثبات باليمين المردودة لم يعدّ مقصّراً» مردود بأنّ ردّ اليمين إلى المستحقّ لا له فلا اختيار له في ذلك، إلّا أن تقول: ليس المدار على ما ذكره في التذكرة، وإنّما المدار على العلم بإذن الآذن في قضاء الدّين والاستقلال بإثباته وعلى استقلال المضمون عنه بإثبات الدفع إلى المستحقّ. ولا يتأتّى ذلك إلّا بالبيّنة العادلة الّتي يستقلّ الآذن والمضمون عنه بإثبات الدفع بها، ولا استقلال لها بالشاهد ويمين الدافع المأذون أو الضامن، واحتمال غَيبتها أو موتها لا يدفع ذلك، لأنّه إنّما يخاطب بمقدوره.

قوله: ﴿ولو اتّفقا على الإشهاد وموت الشهود أو غَيبتهم فلا ضمان﴾ لعدم التفريط لاعترافه بأنّ الضامن أتى بما عليه والموت والغَيبة ليسا إليه. وقد نصّ عليه في «المبسوط[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4]» فلو حلف المستحقّ بعد غَيبتهم أو موتهم ورجع على المأذون رجع على الآذن.

[فيما لو ادّعى الضامن الإشهاد وأنكره الأصيل]

قوله: ﴿ولو ادّعاه الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد تعارض أصلا عدم الإشهاد وعدم التقصير، لكن تأيّد الأوّل بأصالة براءة ذمّته عن حقّ الدافع﴾ أي الأصيل عن حقّ الدافع، فإنّ شغل ذمّته لم يكن ثابتاً، وإنّما يحدث بالقضاء المأذون فيه بالإشهاد، والأصل عدمه إلى أن يثبت. ويؤيّده أيضاً أنّ

(١ و ٤) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥٦.

(٢) المبسوط: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٣٣٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الضمان ج ١٤ ص ٣٧٤.

الفصل الثاني في الحوالة

وهي عقدٌ شُرّع لتحويل المال من ذمّةٍ إلى أُخرى.

الأصل عدم موت الشهود أو غَيبتهم أو نسيانهم أو إنكارهم وتكذيبهم، فيكون القول قول الأصيل مع يمينه. وأصل عدم التقصير كأنّه غير أصيل، لأنّه لم يخلّ بواجب يعاقب عليه وإنّما أخلّ بواجب يرفع الغرامة عنه وهو عدم استحقاق الرجوع. نعم قد يمكن أن يراد به أنّ الراجح الغالب من حال العاقل أن يتحرّز عن الغرامة. نعم قد يعضد هذا الأصل على تقدير أصالته أنّ في ذلك ضرراً عليه لو كان صادقاً، فيصدّق كما يصدّق الصبيّ في دعوى البلوغ، إذ لا يعرف ذلك إلّا من قِبله، فتأمّل جيّداً.

﴿الفصل الثاني: في الحوالة﴾

[في معنى الحوالة وتعريفها]

بفتح الحاء كسحابة، وهي مشروعة بالنصّ وإجماع الأُمّة كما في «المبسوط[1] والسرائر[2]» وليست بيعاً ولا محمولة عليه عند علمائنا أجمع كما في «التذكرة[3]».

قوله: ﴿وهي عقدٌ شُرّع لتحويل المال من ذمّةٍ إلى أُخرى﴾ كما في «التذكرة[4] والتحرير[5]» ونحوه ما في «الوسيلة[6] والسرائر[7]» وقال الشهيد[8]: هذا ينتقض في طرده بالضمان بالمعنى الأخصّ. والسبب في ذلك أنّ المصنّف لمّا لم يشترط في الحوالة شغل ذمّة المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلّا ينتقض في عكسه. قال في «المسالك»: لكنّه وقع فيما

---

(١) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٢. (٢ و٧) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٧٨.
(٣ و٤) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٢٩.
(٥) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٤. (٦) الوسيلة: في بيان الحوالة ص ٢٨٢.
(٨) لم نعثر على قول الشهيد فيما بأيدينا من كتبه ولا على مَن نقله عنه، فراجع.

وشروطها ثلاثة:

هو أصعب من ذلك، وهو انتقاضه في طرده[1].

قلت: فيه نظر من وجهين:

الأوّل: أنّا لانسلّم أنّه أصعب بل هو إمّا مساوٍ أو أسهل، أمّا الأوّل فلأنّ التعريف عند المتأخّرين لابدّ وأن يكون جامعاً مانعاً مطّرداً منعكساً ولاتفاوت بينهما عندهم. وأمّا الثاني فلأنّ التعريف بالأعمّ جائز عند المتقدّمين بخلاف الأخصّ فإنّه غير جائز قولاً واحداً فكان أسهل قطعاً.

الثاني: أنّ المراد أنّ التحويل والنقل إنّما هو عن ذمّة المحيل والمحوّل والمضمون عنه ليس محيلاً ولامحوّلاً ولادور، أو يقال: التعهّد إن كان بالنفس فالكفالة، وإن كان بالمال فإن كان العاقد الموجب مشغول الذمّة فالحوالة وإلّا فالضمان، فقد اتّضح الفرق وبان الأمر.

ولعلّه إلى ذلك أشار في «جامع المقاصد» بقوله «ويمكن دفعه» بأنّ المراد عقد مخصوص شرّع لكذا[2]. وعرّفها في «الشرائع» بأنّها عقد شرّع لتحويل المال من ذمّةٍ إلى ذمّةٍ مشغولة بمثله[3]. ونحوه ما في «اللمعة[4]» فخرجت الحوالة على البريء مع أنّه جوّزها فيما بعد، ولاينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه، فإنّ رجحان الشبه لايخرجها عن كونها حوالة. وأُجيب عنه[5] بأنّه لعلّه عرّف الحوالة المتّفق على صحّتها.

[في اشتراط رضا الثلاثة معاً]

قوله: ﴿وشروطها ثلاثة:﴾ أي شروط صحّتها ثلاثة.

---

(١) مسالك الأفهام: في الحوالة ج ٤ ص ٢١٢.
(٢) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٧.
(٣) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٢.
(٤) اللمعة الدمشقية: في الحوالة ص ١٤٥.
(٥) كما في المسالك: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٢.

رضا الثلاثة،

قوله: ﴿رضا الثلاثة﴾ أي المحيل والمحتال والمحال عليه. أمّا اشتراط رضا الأوّلين فقد حكى عليه الإجماع في «التذكرة[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] والمفاتيح[٤] والكفاية[٥]» ونفى عنه الخلاف في «مجمع البرهان[٦] والرياض[٧]». وفي «الغنية» الإجماع على الأوّل ونفي الخلاف عن الثاني إلّا من داود[٨] ومراده بين المسلمين.

وأمّا اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور كما في «المختلف[٩] والمهذّب البارع[١٠] والمقتصر[١١] والتنقيح[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤] والروضة[١٥] والكفاية[١٦] والمفاتيح[١٧]» وظاهر «التذكرة» الإجماع عليه في موضعين منها حيث نسبه تارةً إلى أصحابنا، وقال أُخرى: عندنا[١٨] ونسبه إلى علمائنا في «المختلف[١٩]». ونسب الخلاف في «كشف الرموز» إلى التقي واشتراط رضاه إلى باقي الأصحاب[٢٠]. وفي «مجمع البرهان[٢١]» أنّه لم يظهر فيه خلاف.

(١ و١٨) تذكرة الفقهاء: في الرضى بالحوالة ج ١٤ ص ٤٤١ و٤٤٢.
(٢ و١٤) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٣.
(٣ و١٥) الروضة البهية: في الحوالة ج ٤ ص ١٣٥ و١٣٦.
(٤ و١٧) مفاتيح الشرائع: في اشتراط الرضا وعدمه في الحوالة ج ٣ ص ١٤٨.
(٥ و١٦) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٦.
(٦ و٢١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ... ج ٩ ص ٣٠٨.
(٧) رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩٠.
(٨) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.
(٩ و١٩) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٣.
(١٠) المهذّب البارع: في الحوالة ج ٢ ص ٥٢٨.
(١١) المقتصر: في الحوالة ص ١٩٧.
(١٢) التنقيح الرائع: في الحوالة ج ٢ ص ١٩٢.
(١٣) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٧.
(٢٠) كشف الرموز: في الحوالة ج ١ ص ٥٥٩.

ونقل حكاية الإجماع عليه في «جامع المقاصد[١] والمسالك[٢]» وغيرهما[٣] عن الشيخ. والموجود في«الخلاف[٤] والمبسوط[٥] والغنية[٦] والسرائر[٧]» أنّه يعتبر رضاه، لأنّ الإجماع من الاُمّة كما في الأوّل وإجماعنا كما في الثلاثة الأخيرة على أنّه إذا رضي صحّت الحوالة، ولم يدلّ على صحّتها مع عدم رضاه دليل، انتهى. وهذا ليس إجماعاً على اشتراط رضاه كما حكوه قطعاً. وليس فيها جميعها في الباب كلام آخر صريح أو ظاهر في ذلك والظاهر أنّ ذلك منهم اشتباه.

وقد نسب عدم اشتراط رضاه كاشف الرموز[٨] والمقداد[٩] إلى أبي الصلاح واستشعره في «المختلف» من كلام المفيد والشيخ في «المقنعة والنهاية» قالا: إذا كان للإنسان على غيره مال فأحال به على رجلٍ مليّ به فقبل الحوالة وأبرأه منه لم يكن له رجوع ضمن ذلك المال المحال به أو لم يضمن، فإن لم يقبل الحوالة إلّا بعد ضمان المحال عليه ولم يضمن مَن اُحيل عليه ذلك كان له مطالبة المديون ولم تبرأ ذمّته بالحوالة. وكأنّهما أشارا بضمان المال إلى قبول الحوالة والتزامها وانتقال الحقّ إلى ذمّته[١٠]. وقد قال في «السرائر» بعد أن حكى ذلك عن الشيخ: لا أرى لقول الشيخ وجهاً[١١]. وأخذ في بيان فساده. ويأتي تمام الكلام فيه.

---

(١) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨.
(٢) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٣.
(٣) كرياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩١.
(٤) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦ المسألة ٢.
(٥) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.
(٦) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.
(٧ و ١١) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٧٩ و ٨٠.
(٨) كشف الرموز: في الحوالة ج ١ ص ٥٥٩.
(٩) التنقيح الرائع: في الحوالة ج ٢ ص ١٩٢.
(١٠) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٤.

وعبارة «الوسيلة» تؤذن بوجود الخلاف حيث قال: ورضا المحال عليه على الصحيح [١] وكذلك عدم حكاية الإجماع عليه في «الغنية» مع حكايته في الأوّلين.

وما في «المبسوط [٢] والغنية [٣] والسرائر [٤]» من التصريح بوجود الخلاف فإنّما أرادوا به الخلاف من العامّة.

وقد مال إليه في «المختلف [٥]». وهو خيرة «المقتصر [٦] والتنقيح [٧] وإيضاح النافع والمسالك [٨] والروضة [٩]» ومال إليه أو قال به في «الرياض [١٠]» بل في «التنقيح» إن اعتبرنا شغل الذمّة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً. وهذه الكلمة تجري مجرى الإجماع ممّن يعمل بالظنّيات. وقال: وإن لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلابدّ من رضاه قطعاً [١١]. ونحو هذا الأخير ما في «إيضاح النافع وجامع المقاصد [١٢] والروضة [١٣]» وغيرها [١٤] من أنّا لو جوّزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه قطعاً. ونسب أبو العباس في «كتابيه [١٥]» إلى ابن إدريس الاقتصار على رضا المحيل والمحتال، وهو خطأ قطعاً، ولعلّ ما نسب إلى أبي الصلاح كذلك.

---

(١) الوسيلة: في الحوالة ص ٢٨٢.

(٢) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.

(٣) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.

(٤) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٧٩.

(٥) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٣ ـ ٤.

(٦) المقتصر: في الحوالة ص ١٩٧.

(٧ و١١) التنقيح الرائع: في الحوالة ج ٢ ص ١٩٣.

(٨) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٣.

(٩ و١٣) الروضة البهية: في الحوالة ج ٤ ص ١٣٦ ـ ١٣٧.

(١٠) رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩٠ ـ ٥٩١.

(١٢) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨.

(١٤) كالحدائق الناضرة: في الحوالة ج ٢١ ص ٤٩.

(١٥) المهذّب البارع: في الحوالة ج ٢ ص ٥٢٩، والمقتصر: في الحوالة ص ١٩٧.

والحاصل: أنّ الإجماع كاد يكون معلوماً ممّن تقدّم على المختلف، وخلاف هؤلاء مسبوق به فلا يؤيه به* على أنّه في «المختلف» لم يخالف صريحاً.

قيل[1]: وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حدّ رضاهما، لأنّ الحوالة عقد لازم لا يتمّ إلّا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال، ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ العربي والمطابقة وغيرهما. وأمّا رضا المحال عليه فيكفي كيف اتّفق متقدّماً ومتأخّراً ومقارناً.

حجّة المشهور بعد ما عرفت أنّ الأصل بقاء الحقّ في ذمّة المحيل فيستصحب ويقتصر على المتيقّن، وأنّ نقل المال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه تابع لرضاه، وأنّه أحد مَن تتمّ به الحوالة فأشبه المحيل والمحتال، وأنّ الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة.

وقد يجاب[2] بأنّ الأصل معارض بأصل عدم الاشتراط بعد وجود الدليل وهو عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[3] وإطلاق ما سيأتي[4] من النصوص، وإنّما نمنع أنّ الحوالة تقتضي النقل بل هي إيفاء لما في ذمّة الغير، فلا تقصر عن بيع ما في ذمّة الغير، ولا يشترط فيه الرضا إجماعاً. ومنه يعلم حال دليل التفاوت في الاقتضاء، لأنّه جارٍ فيه.

وقد قالوا في الجواب عنه أيضاً أنّ المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضا مَن عليه الحقّ كما لو وكّله في القبض منه، واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحقّ أو مَن نصبه

---

* ـ الّذي وجدناه في النسخ: فلا يؤبه به.

---

(١) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الحوالة ج ٤ ص ٢١٤.
(٢) المجيب هو البحراني في الحدائق الناضرة: في الحوالة ج ٢١ ص ٤٩.
(٣) المائدة: ١.
(٤) سيأتي في ص ٥٠٥ ـ ٥٠٦.

خصوصاً مع اتّفاق الحقّين جنساً ووصفاً[١].

وأورد[٢] عليه بأنّه قياس للحوالة اللازمة المترتّب عليها كثير من الأحكام المخالفة للأُصول القطعية على الوكالة الجائزة.

وأُجيب[٣] بأنّ المراد من تشبيهها بالوكالة ليس إلّا لدفع دليل الاشتراط، أعني اختلاف الناس في سهولة القضاء وصعوبته، بناءً على أنّه لو صلح للاشتراط وإثبات المانعية عن الحوالة بدون رضاه لصلح لإثبات المانعية عن الوكالة مع عدم رضاه، لجريان دليل المنع عن الحوالة فيها، ومثله لا يسمّى قياساً بل تنظيراً، وهو جائز إجماعاً حيث يحصل دليل آخر للحكم في المنظر غير نفس القياس كما فيما نحن فيه، لأنّ الدليل هو عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ والإطلاقات الأُخر كما أشرنا إليه آنفاً.

ويدفع ذلك كلّه ـ بعد الإجماع المحصّل السابق على المخالف والمنقول في ظاهر كلام جماعة[٤] ـ ما نطقت به تعريفاتهم وطفحت به عباراتهم من أنّ الحوالة ناقلة للمال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه وأنّها من أجل ذلك سمّيت حوالة. قال في «التذكرة»: الحوالة تقتضي نقل الحقّ من ذمّة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع[٥]، انتهى. ونحوه ما في «المبسوط والخلاف والسرائر والغنية» وغيرها كما ستسمع[٦] ذلك كلّه، فكان المحال عليه كالضامن لابدّ من رضاه أو كالمستقرض من المحتال إن قلنا إنّها إيفاء، والبيع دلّ عليه الدليل، وهو الإجماع الّذي حكيته، وإلحاق الحوالة به قياس، وصاحب «جامع المقاصد[٧]» الّذي قال: إنّا نمنع أنّها

(١) كما في مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٣.

(٢ و٣) كما في رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩٢ ـ ٥٩٣.

(٤) تقدّم في ص ٤٩٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٣٦.

(٦) سيأتي في ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥.

(٧) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨.

وعِلمهم بالقدر،

تقتضي النقل ستأتي له أنّه ـ أي النقل ـ هو المشهور وعليه الفتوى، ولعلّه لم يبق بعد اليوم في المسألة إشكال.

وليعلم أنّه استثنى في «التذكرة» من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، قال: فإنّه لا يعتبر رضا المحيل، لأنّه وفاء دَينه بغير إذنه، والعبارة عنه حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدَين الّذي لك على فلان على نفسي، فيقبل، فيقومان بركنَي العقد[1]. وتبعه على ذلك جماعة منهم الشهيد الثاني في «المسالك[2] والروضة[3]».

وفيه: أنّ مثل هذا لا يندرج في الحوالة الّتي هي من العقود اللازمة، لأنّ المتبادر من إطلاقات أخبار الباب[4] غير هذا القسم، ولا عموم في العقود الّتي أمرنا بالوفاء بها إلّا بالنظر إلى العقود المتداولة في زمن الصدور، فليلحظ هذا.

[في اشتراط علم الثلاثة بقدر المال]

قوله: ﴿وعِلمهم بالقدر﴾ هذا قد نبّه عليه في «المبسوط[5] والخلاف[6]» في أثناء كلام له فيهما. وبه صرّح في «الشرائع[7] والتذكرة[8] والإرشاد[9] والتحرير[10]» بل قال في الأخير: يجب أن يكون المال معلوماً فلا تصحّ الحوالة بالمجهول إجماعاً.

(١ و٨) تذكرة الفقهاء: في الرضا بالحوالة ج ١٤ ص ٤٤٢ و٤٥٢.

(٢) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٤.

(٣) الروضة البهيّة: في الحوالة ج ٤ ص ١٣٧.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الضمان ج ١٣ ص ١٥٨.

(٥) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.

(٦) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٩ المسألة ٨.

(٧) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

(٩) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.

(١٠) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٥.

ولزوم الدّين وكونه صائراً إليه،

وفي «مجمع البرهان» لعلّه لا خلاف في الاشتراط هنا[1]. وفي «جامع المقاصد[2] والكفاية[3]» أنّ المشهور اشتراط علمهم بالقدر.

قلت: لم نجد المخالف، وإنّما احتملت الصحّة مع الجهل في «التذكرة[4] والمسالك[5] ومجمع البرهان[6]» احتمالاً، إلّا أن تقول: إنّ الخلاف يفهم من «الوسيلة[7] والغنية[8]» وغيرها[9] حيث لم يذكر هذا الشرط فيها مع ذِكر غيره من الشروط، فتأمّل، إذ لعلّ تركهم له لمكان ظهوره كالبلوغ والرشد.

والوجه في هذا الشرط أنّه لو أحاله بما له من الدّين ولا يعرف قدره كان فيه من الغرر ما لا يخفى لعدم العلم بالمأخوذ والمعطى فلا تصحّ، وأنّ الحوالة إن كانت اعتياضاً فلا يصحّ على المجهول كما لا يصحّ بيعه، وإن كانت استيفاءً فإنّما يمكن استيفاء المعلوم. ووجه احتمال الصحّة أنّها كالضمان فيلزم ما تقوم به البيّنة، وهو إنّما يتمّ على الاحتمال الثاني ـ أعني الاستيفاء ـ وحمله على الضمان لا يتّجه، لأنّه مبنيّ على الإرفاق والمسامحة والغرامة.

[في اشتراط ثبوت المال في ذمّة المحيل]

قوله: ﴿ولزوم الدّين أو كونه صائراً إليه﴾ يريد أنّه يشترط أن يكون

(١ و٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣٠٩.

(٢) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨.

(٣) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الرضا بالحوالة ج ١٤ ص ٤٥٣.

(٥) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٨.

(٧) الوسيلة: في الحوالة ص ٢٨٢.

(٨) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.

(٩) كالمراسم: في الحوالة ص ٢٠١.

المال ثابتاً للمحتال في ذمّة المحيل لا في ذمّة المحال عليه. ولا فرق في الثابت بين كونه مستقرّاً وغيره كالثمن في مدّة الخيار، وتكون الحوالة مراعاةً بالبقاء على البيع، فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجهان، يأتي الكلام [١] عليهما في نظيره. وبهذا التقرير لا يبقى وجه لقوله في «جامع المقاصد»: في اشتراط هذا الشرط مع القول بأنّ الحوالة على بريء الذمّة جائزة نظر [٢]، انتهى.

وكيف كان، فهذا الشرط قد نبّه عليه في «المبسوط [٣]» وصرّح به في «الشرائع [٤] والتذكرة [٥] والإرشاد [٦] والمسالك [٧] ومجمع البرهان [٨] والمفاتيح [٩] والتحرير [١٠]» بل فيه أنّ شرطها ثبوت الحقّ في ذمّة المحيل، فلو أحاله بما يقرضه لم يصحّ إجماعاً. وقد نقل عن بعضهم حكاية الإجماع على هذا الشرط في «مجمع البرهان [١١]» ولعلّه أراد ما في «التحرير». وفي «الحدائق [١٢]» حكايته على البتّ، وهو منه عجيب. وفي «الكفاية» المشهور أنّه يشترط أن يكون ثابتاً في الذمّة [١٣]، ولعلّ نسبته إلى الشهرة لعدم تعرّض جماعة كثيرين له، ولعلّ السرّ في ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحوالة.

وفائدة هذا الشرط الاحتراز عمّا ليس بثابت، سواء لم يوجد سببه كما في

---

(١) سيأتي في ص ٥٣٠ ـ ٥٣١.
(٢) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٨.
(٣) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.
(٤) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الرضا بالحوالة ج ١٤ ص ٤٥٣.
(٦) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.
(٧) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٨.
(٨ و ١١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣٠٩.
(٩) مفاتيح الشرائع: في اشتراط الرضا وعدمه في الحوالة ج ٣ ص ١٤٨.
(١٠) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٧.
(١٢) الحدائق الناضرة: في الحوالة ج ٢١ ص ٥٣.
(١٣) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

وعلم المحتال بإعسار المحال عليه ـ لو كان ـ أو رضاه به شرط اللزوم.

مثال «التحرير[١]» أو وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل فإنّه لا يصحّ إحالة الجاعل به للمجعول له، لعدم ثبوته. أمّا إحالة المجعول له به على الجاعل لمن له عليه دَين فإنّه جائز بناءً على جوازها على البريء.

[في اشتراط علم المحتال بحال المحال عليه في اللزوم]

قوله: ﴿وعلم المحتال بإعسار المحال عليه ـ لو كان ـ أو رضاه به شرط اللزوم﴾ ملاءة المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال بإعساره شرط، فلو كان معسراً واحتال عليه مع جهله بإعساره كان له فسخ الحوالة ومطالبة المحيل بالمال، سواء شرط اليسار أو أطلق عند علمائنا كما في «التذكرة[٢]». ونسب في «السرائر» إلى أصحابنا اعتبار الملاءة وقت الحوالة أو علم المحتال بإعساره[٣]. وفي «الخلاف[٤]» الإجماع على الأوّل. وفي «الغنية» نفى الخلاف عنه وقال: فإن رضي المحال بعدم ملاءته جاز[٥]. وروى في الكافي عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بدراهم أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلّا أن يكون قد أفلس قبل ذلك[٦]. قال في «التذكرة»: وهو نصّ في الباب[٧]. ومثله رواية الصدوق عن أبي أيّوب الخزّاز[٨] من دون تفاوت. والمراد بقوله عليه السلام

---

(١) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٧.

(٢ و٧) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٣٤.

(٣) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٧٩.

(٤) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٨ المسألة ٦.

(٥) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.

(٦) الكافي: في الكفالة والحوالة ح ٤ ج ٥ ص ١٠٤.

(٨) من لا يحضره الفقيه: باب الحوالة ح ٣٤٠٨ ج ٣ ص ٩٨.

وهل يشترط شغل ذمّة المحال عليه بمثل الحقّ للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنّه أشبه بالضمان.

«إلّا أن يكون قد أفلس من قبل» أنّه كان مفلّساً ولم يعلم بإفلاسه.

ويفهم من الخبرين أنّه لو كان وقت الحوالة مليّاً ثمّ تجدّد له الإعسار فلا خيار. وبه نطق خبر عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثمّ تغيّر حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: لا[1]. وتغيّر الحال كنايةً عن الإفلاس. ويأتي الكلام[2] فيما إذا انعكس الفرض المذكور عند تعرّض المصنّف له.

[في اشتراط شغل ذمّة المحال عليه بالحقّ وعدمه]

قوله: ﴿وهل يشترط شغل ذمّة المحال عليه بمثل الحقّ للمحيل؟ الأقرب عدمه لكنّه أشبه بالضمان﴾ عدم الاشتراط خيرة «المبسوط[3]» في أوّل الباب وعدّة مواضع منه و«الخلاف[4] والغنية[5] والسرائر[6] والشرائع[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والإرشاد[10]

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الضمان ح ٤ ج ١٣ ص ١٥٩.

(٢) سيأتي في ص ٥١١.

(٣) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٣ و٣١٨ و٣٢١.

(٤) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٦ مسألة ٣.

(٥) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٧.

(٦) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٧٩.

(٧) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الرضا بالحوالة ج ١٤ ص ٤٥٣.

(٩) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٥.

(١٠) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.

والمختلف[1] والإيضاح[2] وإيضاح النافع والمسالك[3] والروضة[4] ومجمع البرهان[5]».
وفي «السرائر» نفى الخلاف فيه بين أصحابنا[6]. وحكى في «الرياض[7]» عن السرائر الإجماع عليه وإجماعها الصريح كإجماع «المبسوط[8]» إن دلّا فإنّما يدلّان بإطلاقهما.

وحجّتهم على ذلك أصل الجواز وأصل عدم الاشتراط وإطلاقات أخبار الباب، وهي الثلاثة الّتي سمعتها آنفاً.

وما في «المسالك[9]» تبعاً «لجامع المقاصد[10]» تبعاً للشهيد في «حواشيه[11]» من أنّ مبنى القولين على أنّ الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض؟ فعلى الأوّل تصحّ دون الثاني، لأنّه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضاً عن حقّ المحتال، فهو من تخريجات الشافعية[12] في المسألة، وإنّما هي أصل برأسه وعقد مفرد كما هو صريح «المبسوط[13] والخلاف[14] والسرائر[15] والمختلف[16] وحواشي الكتاب[17]» وغيرها[18].
وقال في «الخلاف»: إنّ الّذي يقتضيه مذهبنا أن نقول: إنّها عقد قائم بنفسه[19]، انتهى.

(١ و١٦) مختلف الشيعة: في الحوالة ج٦ ص٨ و٥. (٢) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج٢ ص٩٢.
(٣ و٩) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٥.
(٤) الروضة البهية: في الحوالة ج ٤ ص ١٤٦.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١١.
(٦ و١٥) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٧٩ و٨٠.
(٧) رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٨٨.
(٨ و١٣) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٢ و٣١٧.
(١٠) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٩.
(١١) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٧٩ س ٧ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(١٢) فتح العزيز (بهامش المجموع): في الحوالة ج ١٠ ص ٣٣٨.
(١٤) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٩ المسألة ٩.
(١٧) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
(١٨) كتحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٤.
(١٩) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٩ مسألة ٩.

قلت: أمّا أنّها ليست بيعاً فلإطباق أصحابنا على ذلك كما تقدّم[١] إلّا ما يلوح من «المبسوط[٢]» في أثناء كلامٍ له، وهو مؤوّل، لأنّه صرّح في عدة مواضع بأنّها ليست بيعاً، ولأنّها لو كانت بيعاً لجازت بلفظ البيع ولجازت الزيادة والنقصان فيها ولما جازت في النقود إلّا مع التقابض في المجلس. وأمّا أنّها ليست استيفاء فلأنّها لو كانت استيفاء لقدّر أنّ المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه، وليس فيها استيفاء ولا إقراض محقّق، فلا يقدّران. ثمّ إنّها لو كانت استيفاء لوجب قبولها إذا أحاله على مليّ، والإجماع على خلافه كما يأتي. فلا ريب أنّها ليست استيفاء وإن قوّاه في «التذكرة[٣]» ونسبه الشهيد إلى ظاهر كلام الأصحاب[٤] على أنّه قال في «التذكرة» في آخر مسألة الاختلاف في أنّها استيفاء أو بيع: كلّ هذه الخلافات لا فائدة تحتها ولا دليل عليها[٥].

والمخالف فيما نحن فيه الشيخ في «المبسوط[٦]» في آخر الباب، وحكاه في «الإيضاح[٧]» عن القاضي وابن حمزة، ولم نجد ذلك في «الوسيلة[٨]» ولم يحكه والده في «المختلف[٩]» عن أحد غير الشيخ في المبسوط في آخر كلامه، وكأنّه

---

(١) ما تقدّم منه ﷺ مختلف في الدلالة على ذلك وعدم دلالته، ففي ص ٤٩٨ ذكر ما يؤيّد كونها بيعاً حيث ردّ على دليل المشهور في اعتبار رضا الثلاثة بتعارض أصل بقاء الحقّ في ذمّة المحيل عند عدم رضا المحال عليه مع أصل عدم الاشتراط كما هو الحقّ وقد نبّهنا عليه في الحواشي مراراً نعم أتى بما حكاه صريحاً في ص ٤٩٥ و٤٩٩.

(٢ و٦) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٦ و٣٢١.

(٣ و٥) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٣٢ و٤٣٣.

(٤) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٧٩ س ٨ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٧) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٣.

(٨) بل وجدناه في الوسيلة، فراجع الوسيلة: في الحوالة ص ٢٨٢.

(٩) الموجود في النسخة الموجودة لدينا من المختلف أيضاً هو الحكاية عن القاضي وابن حمزة، فراجع المختلف: ج ٦ ص ٨

ولا يجب قبولها وإن كانت على مليّ،

في «جامع المقاصد[1]» متأمّل، وليس في محلّه. وفي «المفاتيح[2]» أنّ الأظهر أنّه ضمان. قلت: قد قال المحقّق[3] والمصنّف وغيرهما[4]: إنّه أشبه بالضمان، لاقتضائه نقل المال من ذمّة مشغولة إلى ذمّة بريئة وكأنّ المحال عليه لقبوله ضامن لدَين المحتال على المحيل.

قال في «المسالك»: ولكنّه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعاً فتلحقه أحكامها[5]. وهذه الكلمة تجري مجرى الإجماع ممّن يعمل بالظنون، وقوله «تلحقه أحكامها» فيه أنّه ينبغي على ما سلف له أنّه لا يعتبر فيها رضا المحيل. نعم له الرجوع مع الإذن كما في الضمان، فليتأمّل وليلحظ ما تقدّم[6] ويعتبر رضا المحال عليه قطعاً كما تقدّم[7].

[في أنّه لايجب على المحال عليه القبول]

قوله: ﴿ولا يجب قبولها وإن كانت على مليّ﴾ بلا خلاف إلّا من داود[8]، وقد سمعت الإجماعات المحكية على اشتراط رضاه ـ أي المحتال ـ مضافاً إلى الأصل وفقد المانع والدليل، لأنّ الواجب قبوله أداء الدَين، وليست أداءً وإنّما هي

---

(١) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٥٩.
(٢) مفاتيح الشرائع: في اشتراط ملاءة المحال عليه ... ج ٣ ص ١٤٩.
(٣) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.
(٤) كإيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٢.
(٥) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.
(٦ و٧) تقدّما في ص ٤٩٧ ـ ٥٠٠.
(٨) المجموع: في الحوالة ج ١٣ ص ٤٣٢.

فإن قبِل لزم، وليس له الرجوع وإن افتقر.

نقل. وأوجب داود القبول لقوله صلى الله عليه وآله فيما حكي: «إذا اُحيل أحدكم على مليّ فليحتل»[1] وقصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الإرشاد بل على الاستحباب لما فيه من قضاء حاجة أخيه وإجابته إلى ما يبتغيه. وهذا يرشد إلى أنّها ليست استيفاء وإلّا لوجب القبول، إلّا أن تقول: إنّ وجوب القبول إنّما هو في الأموال الموجودة في الخارج لا في الماهية الكلّية، فتأمّل.

[فيما لو قبل المحال عليه الحوالة]

قوله: ﴿فإن قبِل لزم﴾ بالنصّ والإجماع كما تقدّم[2] وانتقل الحقّ إلى ذمّة المحال عليه. وبه قال جميع الفقهاء إلّا زفر بن الهذيل كما في «الخلاف[3]» وبلا خلاف إلّا من زفر كما في «الغنية[4]» وإجماعاً إلّا من زفر كما في «المبسوط[5] والسرائر[6] والتذكرة[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9]».

قوله: ﴿وليس له الرجوع وإن افتقر﴾ بلا خلاف بيننا، وبه نطق خبر عقبة المتقدّم[10] ذكره، وهو المروي عن عليّ أمير المؤمنين عليه السلام كما في «الخلاف[11]».

---

(١) السنن الكبرى: ج ٦ ص ٧٠.
(٢) تقدّم في ص ٤٩٨.
(٣ و ١١) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٦ و ٣٠٧ مسألة ٤ و ٥.
(٤) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٨.
(٥) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.
(٦) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٧٩.
(٧) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٣٦.
(٨) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٤.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الحوالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٠٨.
(١٠) تقدّم في ص ٥٠٦.

ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخيّر في الفسخ. وهل يتخيّر لو تجدّد اليسار والعِلم بسبق الفقر؟ إشكالٌ.

والمخالف أبو حنيفة قال: له الرجوع عليه إذا جحده المحال عليه أو مات مفلّساً[1]. وحكوا عن عمر أنّه يرجع عليه إذا أفلس وحجر عليه الحاكم[2]. وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن[3].

ولا فرق عندنا بين أخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه، عملاً بإطلاق النصّ والفتوى والإجماع، مضافاً إلى أصالة لزوم العقد وعدم اشتراط الأخذ، بل ظاهر «المختلف» الإجماع صريحاً[4]. وخالف سلّار فقال: الحوالة بين ضربين: أحدهما أن يكون قد أخذ المحال له بعضاً، والآخر أن يكون لم يأخذ، فإن أخذ لا يجوز له الرجوع، وإن لم يأخذ يجوز له الرجوع[5]. وهو شاذّ نادر مرغوب عنه كما في «السرائر[6]» ولا حجّة له إلّا أنّ القبول يتمّ بذلك، وهي واهية.

[فيما لو ظهر فقر المحال عليه حالة الحوالة]

قوله: ﴿ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخيّر في الفسخ﴾ قد تقدّم[7] الكلام فيه. وبه خبر منصور وأبي أيّوب[8].

قوله: ﴿وهل يتخيّر لو تجدّد اليسار والعِلم بسبق الفقر؟ إشكالٌ﴾ يريد أنّه لو كان معسراً ثمّ تجدّد له اليسار قبل أن يفسخ فهل يزول الخيار؟ إشكال

---

(١) المجموع: في الحوالة ج ١٣ص ٤٣٥. (٢) عمدة القاري: في الحوالة ج ١٢ص ١٠٩.
(٣) المغني لابن قدامة: في الحوالة ج ٥ ص ٥٩، والمجموع: ج ١٣ ص ٤٣٥.
(٤) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٦. (٥) المراسم: في الحوالة ص ٢٠١.
(٦) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٨١.
(٧) تقدّم في ص ٥٠٥ ـ ٥٠٦.
(٨) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الضمان ح ١ و٣ ج ١٣ ص ١٥٨.

ينشأمن زوال الضرر، ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب. وهذا هو الأظهر من إطلاق النصّ[1] والفتوى. وهو خيرة «جامع المقاصد[2] والمسالك[3] والروضة[4] والكفاية[5] والرياض[6]» لأنّ الموجب للرجوع ليس هو الإعسار على الإطلاق ليزول بزواله بل هو الإعسار وقت العقد، وهذا لم ينتف ولم يزل، فيثبت حكمه. وفيه نظر ظاهر، لأنّ الإعسار وقت العقد قد انتفى لانتفاء الضرر، لأنّه هو السبب في ذلك قطعاً، وليس الإعسار وقت العقد موجباً للخيار من حيث هو إعسار كذلك حتّى يكون حكمة بل هو معلّل. ومنه يعلم قوّة ما حقّقه في «الإيضاح» قال: والتحقيق أنّه يبنى على أنّ علل الشرع هل هي معرّفات أو علل حقيقة؟ وعلى الثاني هل الباقي مستغنٍ عن المؤثّر أو محتاج[7]؟ ومراده أنّه إذا استغنى الباقي عن المؤثّر أو قلنا العلل معرّفات ثبت الخيار، وإن قلنا إنّه يحتاج إلى المؤثّر زال الخيار لزوال العلّة، وقد عرفت الحال. ولم يرجّح في «التذكرة[8]» ولا في «الحواشي[9]». وفي الأخير: إذا قلنا بالخيار كان على الفور. قلت: فيه نظر كما في نظائره.

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الضمان ح ١ و٣ ج ١٣ ص ١٥٨.
(٢) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٠.
(٣) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٧.
(٤) الروضة البهية: في الحوالة ج ٤ ص ١٣٧.
(٥) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.
(٦) رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩٦.
(٧) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٢.
(٨) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٤٠.
(٩) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

وهي ناقلة، فيبرأ المحيل عن دَين المحتال وإن لم يبرئه المحتال على رأي،

[في أنّ الحوالة ناقلة]

قوله: ﴿وهي ناقلة، فيبرأ المحيل عن دَين المحتال وإن لم يبرئه المحتال على رأي﴾ أمّا أنّها ناقلة فقد سمعت[1] أنّ الإجماع محكيّ على ذلك صريحاً في خمسة مواضع وظاهراً في موضعين، وبذلك طفحت عباراتهم من غير خلاف بينهم، ولا يستلزمه ما ستسمعه وإن توهّمه صاحب «التنقيح» كما ستسمع.

وأمّا أنّه يبرأ المحيل من دَين المحتال وإن لم يبرئه فهو الّذي تقتضيه عبارة «المبسوط[2] والخلاف والغنية[3]» بل كاد يكون صريحها، بل نسب ذلك صاحب «السرائر[4]» إلى الخلاف. وعبارة «المبسوط والغنية» وعبارة الخلاف من دون تفاوت. قال في «الخلاف»: إذا أحال رجل على رجل بالحقّ وقبل الحوالة وصحّت تحوّل الحقّ من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه. دليلنا أنّ الحوالة مشتقّة من التحويل، فينبغي أن يعطى اللفظ حقّه من الاشتقاق، وبه قال جميع الفقهاء إلّا زفر بن الهذيل فإنّه قال: لا يتحوّل الحقّ عن ذمّته. وقال أيضاً: إذا انتقل الحقّ بحوالة صحيحة فإنّه لا يعود عليه سواء بقي المحال عليه على غناه ... إلى آخره[5]. فما في «المختلف» من أنّه لم يتعرّض في الخلاف والمبسوط لذلك[6] لعلّه لم يصادف محزّه.

---

(١) تقدّم في ص ٥٠١.
(٢) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.
(٣) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٨.
(٤) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٨١.
(٥) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣٠٦ ـ ٣٠٧ مسألة ٤ و٥.
(٦) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٥.

وكيف كان، فما نحن فيه صريح «السرائر[١] والشرائع[٢] والنافع[٣] وكشف الرموز[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] والتبصرة[٨] والمختلف[٩] والإيضاح[١٠] وحواشي الشهيد[١١] والمقتصر[١٢] وإيضاح النافع وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤] والروضة[١٥] ومجمع البرهان[١٦] والكفاية[١٧] والمفاتيح[١٨] والرياض[١٩]». وفي «التذكرة[٢٠] وجامع المقاصد[٢١] والروضة[٢٢] والمسالك[٢٣]» أنّه المشهور. وزاد الكركي أنّ عليه الفتوى. وفي «الكفاية[٢٤]» أنّه الأشهر. وقضيّة ما في «التذكرة» أنّه مشهور بين المتقدّمين، فلا تغفل عن هذا.

---

(١) السرائر: في بيان أحكام الحوالة ج ٢ ص ٨٠.
(٢) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.
(٣) المختصر النافع: في الحوالة ص ١٤٣.
(٤) كشف الرموز: في الحوالة ج ١ ص ٥٦٠.
(٥ و٢٠) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٤٠ و٤٤١.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٧٨ ـ ٥٧٩.
(٧) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في الحوالة ص ١١٦.
(٩) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٥.
(١٠) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٢.
(١١) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه أمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
(١٢) المقتصر: في الحوالة ص ١٩٧.
(١٣ و٢١) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٠.
(١٤ و٢٣) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٤ و٢١٥.
(١٥ و٢٢) الروضة البهية: في الحوالة ج ٤ ص ١٣٧.
(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٠.
(١٧) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٧ و٥٩٨.
(١٨) مفاتيح الشرائع: في تحوّل المال إلى المحال عليه ج ٣ ص ١٥٠.
(١٩) رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩٦.
(٢٤) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

والمخالف الشيخ في «النهاية[1]» وابن حمزة[2] في «الوسيلة» وهو الظاهر من «المقنعة[3]» والمحكي[4] عن أبي عليّ والقاضي والتقي. وكأنّه قال به أو مال إليه صاحب «التنقيح[5]».

حجّة المشهور الإجماعات المتقدّمة المحكية على انتقال الحقّ بمجرّد الحوالة، مضافاً إلى إطلاق النصوص الثلاثة الّتي سمعتها[6] آنفاً، وبعضها صريح في عدم الرجوع بعد الرضا. وهو خبر عقبة، وعموم الأدلّة بلزوم الوفاء بالعقود كتاباً وسنّةً، بناءً على أنّ معنى الحوالة الانتقال من حينها نظراً إلى مبدأ اشتقاقها، فإذا تحقّقت وجب تحقّق المبدأ، مع أنّ الإبراء إن كان قبل الانتقال استلزم بطلان الحوالة، إذ ليس له حينئذٍ شيء في ذمّة المحيل، وإن كان بعدها لزم تحصيل الحاصل، لأنّ ذمّته برئت بالحوالة فلا حاجة إلى إبراء آخر.

وبعبارة أُخرى: أنّ الحوالة تقتضي البراءة والإبراء يقتضي البقاء وإسقاط الحقّ، فتكون الحوالة من قبيل الوكالة هذا خلف، وهذا كلّه مبنيّ على الإجماعات المحكية على الانتقال بل الإجماع معلوم، فكان جميع ما في «التنقيح» غير صحيح، لأنّ الشيخ في «النهاية» ومَن وافقه ما استندوا إلى عدم الانتقال ولا نازعوا فيه ولا قالوا إنّ سقوط الحقّ عن المحيل لا تقتضيه الحوالة إلّا على القول بأنّها عقد معاوضة، وإنّما استندوا إلى حسنة زرارة[7] عن الباقر عليه السلام بإبراهيم، وهي مرويّة أيضاً بإسنادين

---

(١) النهاية: في باب الكفالات والضمانات والحوالات ص ٣١٦.

(٢) الوسيلة: في بيان الحوالة ص ٢٨٢.

(٣) المقنعة: في الضمانات والكفالات والحوالات ... ص ٨١٤ ـ ٨١٥.

(٤) حكى عنهم العلّامة في مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٤ ـ ٥.

(٥) التنقيح الرائع: في الحوالة ج ٢ ص ١٩٤.

(٦) تقدّم في ص ٥٠١ ـ ٥٠٦.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الضمان ح ٢ ج ١٣ ص ١٥٨.

ويتحوّل حقّه إلى ذمّة المُحال عليه، ويبرأ المُحال عليه عن دَين المحيل.

آخرين ضعيفين[١] في الرجل يحيل الرجل بمالٍ كان له على رجل، فيقول له الّذي احتال: برئت من مالي عليك، قال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الّذي أحاله.

وقد حملت تارةً[٢] على التقية من الحسن البصري، وأُخرى[٣] على السلب الكلّي والإيجاب الجزئي، فيكون المراد في الإيجاب أنّ له أن يرجع إليه في بعض الأحيان، وهو ما إذا ظهر إعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله، وفيه نظر ظاهر، وأُخرى[٤] على أنّ الإبراء كناية عن قبول المحتال الحوالة، فمعنى قوله «برئت من مالي عليك»: أنّي رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت أنت، فكنّى عن الملزوم باللازم، وهكذا القول في قوله «ولو لم يبرئه فله أن يرجع» لأنّ العقد بدون رضاه غير لازم فله أن يرجع. وحملت في «التذكرة» على ما إذا شرط المحيل البراءة، قال: فإنّه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه[٥]. ونعم ما قال المقدّس الأردبيلي[٦] وغيره[٧] لمّا كانت غير صحيحة ومخالفة للإجماع على أنّها ناقلة ومخالفة للأخبار الأُخر الصريحة في عدم الرجوع بعد الرضا كخبر عقبة فلابدّ من تأويلها وإن بعُد.

قوله: ﴿ويتحوّل حقّه إلى ذمّة المُحال عليه، ويبرأ المُحال عليه

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الضمان ح ٢ ج ١٣ ص ١٥٨.

(٢) كما في تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٤١.

(٣) كما في كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٧.

(٤) كما في مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٥.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٤١.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٠.

(٧) كالبحراني في الحدائق الناضرة: في الحوالة ج ٢١ ص ٥١.

وتصحّ على مَن ليس عليه حقّ أو عليه مخالف على رأي.

عن دَين المحيل﴾ هذا ممّا يتفرّع على قوله«ناقلة»فهو من تتمّة التفريع، ووجهه أنّه متى انتقل الحقّ من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه صار في ذمّته حقّ المحتال فامتنع بقاؤه على ملك المحيل، فيبرأ المحال عليه من دَين المحيل.

[في صحّة الحوالة على مَن لا حق عليه]

قوله: ﴿وتصحّ على مَن ليس عليه حقّ أو عليه مخالف على رأي﴾

قد تقدّم[1] الكلام في الأوّل. وأمّا الثاني وهو الحوالة على مَن عليه مخالف للحقّ فإنّه يتصوّر على وجهين، الأوّل: أن يكون على المحيل لزيد مثلاً دراهم فيحيله على عمرو بدنانير، والحال أنّه له على عمرو دنانير. والثاني: أن يحيله على عمرو الّذي ليس له عليه إلّا الدنانير بدراهم. وهذا هو الّذي فرضوا النزاع فيه.

وصحّة الحوالة في المثال ونحوه خيرة«المبسوط[2]» في موضعٍ منه و«التذكرة[3] والتحرير[4] والحواشي[5] واللمعة[6] والتنقيح[7] وإيضاح النافع وجامع المقاصد[8] والمسالك[9]

---

(١) تقدّم الكلام فيه في ص ٥٠٦ ـ ٥٠٧.

(٢) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في تساوي الجنسين ج ١٤ ص ٤٥٥.

(٤) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٥.

(٥) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٧٩ س ١٢ و ١٤ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٦) اللمعة الدمشقية: في الحوالة ص ١٤٥.

(٧) التنقيح الرائع: في الحوالة ج ٢ ص ١٩٥.

(٨) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦١.

(٩) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٩.

والروضة[1] ومجمع البرهان[2] والمفاتيح[3]» عملاً بأصالة الجواز الناشئة من العموم والإطلاق، وفحوى ما دلّ على جوازها على البريء، فعلى مَن عليه بالمخالف أولى. وضرر التسلّط مدفوع باعتبارنا رضا المحال عليه مطلقاً أو في خصوص ما نحن فيه كما في «المختلف[4]» فإذا رضي أن يدفع من غير الجنس الّذي عليه فلا مانع أصلاً.

والمخالف الشيخ في «المبسوط[5]» في أوّل الباب وابن حمزة[6] والسيّد حمزة ابن زهرة[7] والقاضي فيما حكي[8] عنه فاعتبروا اتّفاق الحقّين في الجنس والنوع والصفة. وهو ظاهر «النافع[9]» ونحوه[10] ممّا عرّفت فيه الحوالة بتحويل المال من ذمّةٍ إلى ذمّةٍ مشغولة بمثله، إذ المخالف ليس مثلاً. وقال في «التذكرة[11]»: من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدَينين ... إلى آخره. وتردّد في «الشرائع[12]» وكذا «الكفاية[13]».

حجّة الشيخ ومَن وافقه أنّ حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حقّ المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك، فإنّ الحوالة إن كانت

---

(١) الروضة البهية: في الحوالة ج ٤ ص ١٤٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٤.

(٣) مفاتيح الشرائع: في اشتراط معلومية المال عند المحيل ج ٣ ص ١٤٩.

(٤) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٨.

(٥) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.

(٦) الوسيلة: في الحوالة ص ٢٨٢.

(٧) غنية النزوع: في الحوالة ص ٢٥٨.

(٨) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٨.

(٩) المختصر النافع: في الحوالة ص ١٤٢.

(١٠) كالجامع للشرائع: في الحوالة ص ٣٠٤.

(١١) تذكرة الفقهاء: في تساوي الجنسين ج ١٤ ص ٤٥٤.

(١٢) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

(١٣) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

استيفاء كان بمنزلة مَن استوفى دَينه وأقرضه المحال عليه وحقّه الدراهم لا الدنانير، وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات الّتي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو صفة، وإنّما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة، فاشترط فيها التجانس والتساوي والقدر والصفة لئلّا يتسلّط على المحال عليه بما ليس في ذمّته كما ذكر ذلك في «التذكرة[1]» وغيرها[2].

والظاهر أنّ هذا القول مبنيّ على عدم اعتبار رضا المحال عليه ومنع الحوالة على البريء، فإذا اعتبر أو جوّز لم يشترط قطعاً، لكنّ المخالفين في المقام يعتبرون الرضا ويجوّزون الحوالة على البريء، ثمّ إنّ ذلك لا يتمّ مع قلب حقّ المحتال إلى جنس المال المحال به كما في الوجه الأوّل من وجهي المسألة، فإنّهما لو تراضيا على هذا الوجه لم يستوف من المحال عليه غير ما في ذمّته فلا محذور.

هذا، وفي الوجه الثاني يبرأ المحيل قطعاً من مال المحال في الحال، قاله الشهيد. وقال: في براءة المحال عليه من مال المحيل في الحال أو بعد الأداء احتمالان: البراءة، لأنّه لو بقي له حقّ لكان له المطالبة به، وهو خروج عن معنى الحوالة، وعدمها لعدم منافاة أداء دَينه عنه وبقاء دَينه عليه، لأنّه في المثال إنّما لزم المحال عليه للمحال دراهم لمكان رضاه، وبقيت الدنانير في ذمّته للمحيل، وصار له في ذمّته ـ أي المحيل ـ دراهم، فحينئذٍ مع الأداء تحتمل المقاصّة لانتهاض معنى الحوالة، ويحتمل اعتبار التراضي، لأنّ لكلّ منهما على صاحبه حقّاً مخالفاً، والمعهود في مثله اعتبار التراضي، ولكنّك قد عرفت أنّ المفروض أنّ التراضي حصل سابقاً بين الثلاثة على تحوّل الحقّ الّذي في ذمّة المحال عليه إلى جنس ما في ذمّة المحيل، فلا حاجة إلى تراضٍ جديد عند الأداء والتقابض.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تساوي الجنسين ج ١٤ ص ٤٥٥.

(٢) كالحدائق الناضرة: في اشتراط تساوي المالين ج ٢١ ص ٥٥.

ويصحّ ترامي الحوالات ودورها،

ويبقى الكلام فيما إذا أطلق ولم يعيّن أحد الوجهين، فيحتمل البطلان لاختلاف الفرض من كلّ من الصورتين وعدم لفظ يدلّ على التعيين والصحّة، وينصرف الإطلاق إلى وجوب دفع الحقّ المحال به كما في «الحواشي[1]».

[في صحّة ترامي الحوالات ودورها]

قوله: ﴿ويصحّ ترامي الحوالات ودورها﴾ أمّا صحّة تراميها فقد صرّح به في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتحرير[4] والكفاية[5] والتذكرة[6] والإرشاد[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11] ومجمع البرهان[12]».

وأمّا دورها فقد صرّح به في السبعة الأخيرة، وهي «التذكرة» وما ذكر بعدها عملاً فيهما بالأصل المستفاد من عموم ﴿أوفوا﴾[13] وإطلاقات أخبار الباب[14] ولأنّه

---

(١) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٧٩ س ٧ و٨ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٦.

(٣) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٧٩.

(٥) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ١١٥ س ١٤.

(٦) تذكرة الفقهاء: في تساوي الجنسين ج ١٤ ص ٤٨١.

(٧) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الحوالة ص ١٤٥.

(٩) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٢.

(١٠) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٧.

(١١) الروضة البهية: في الحوالة ج ٤ ص ١٣٨.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١١.

(١٣) المائدة: ١.

(١٤) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الضمان ج ١٣ ص ١٥٨.

والحوالة بما لا مثل له،

كما تصحّ الحوالة الأُولى لاجتماع شرائط الصحّة تصحّ الثانية كذلك، ومتى أُحال المحال عليه برئ كالأوّل، وهكذا لو تعدّد. وهو المراد بالترامي كأن أحال المديون زيداًعلى عمرو ثمّ أحال عمرو زيداً على بكر، ثمّ أحال بكر زيداً على خالد. وهكذا. ودورها بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأوّل بأن تكون ذمّته مشغولة لمن أحال عليه أو بريئة على المختار، وفي الصورتين المحتال متّحد وإنّما تعدّد المحيل والمحال عليه. وفي «جامع المقاصد» أنّ الترامي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة[1]. وفي «مجمع البرهان» أنّ الترامي إلى غاية[2]، فتأمّل.

وليعلم أنّه يصحّ ترامي الكفالة دون دورها، لأنّ حضور المكفول يبطل ما تأخّر منها.

[حكم الحوالة بالقيمي وبالثمن في الخيار]

قوله: ﴿والحوالة بما لا مثل له﴾ يشير بذلك إلى خلاف الشيخ في «المبسوط[3]» وابن حمزة في «الوسيلة[4]» ولا ثالث لهما فيما أجد، فنسبته إلى الشيخ وجماعة من جماعة[5] لم تصادف محزّها. قال في «المبسوط»: إنّما تصحّ في

---

(١) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١١.

(٣) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.

(٤) الوسيلة: في الحوالة ص ٢٨٢.

(٥) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٨، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الحوالة ج ٢١ ص ٥٤، والطباطبائي في رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩٠.

الأموال ذوات الأمثال[١]. واستند في عدم جواز الحوالة بالقيمي إلى كونه مجهولاً.

وفيه: أنّه مضبوط بالوصف، والواجب فيه القيمة، وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه بالوصف الّذي يوصف به السلم، فصار الحاصل أنّه إن حوّله بنفس القيمي كأن يكون قد أسلفه على خمس من الإبل وقد أسلف هو آخر على خمس كذلك فحوّله عليها، أو بنفسه أيضاً بأن يراد الحوالة بقيمته، فالحوالة بهما صحيحة، فالمانع مفقود وعموم الأدلّة تشمله.

والصحّة خيرة «المبسوط[٢]» بعد ذلك بأوراق إذا كان معلوماً و«الخلاف[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والمختلف[٧] والتنقيح[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠] ومجمع البرهان[١١] والرياض[١٢]» وهو المحكي[١٣] عن أبي عليّ.

ويبقى الكلام فيما لا يصحّ السلم فيه فهل تجوز الحوالة به؟ احتمالان أقربهما كما في «التذكرة» الجواز، لأنّ الواجب في الذمّة حينئذٍ القيمة، فالعين غير ثابتة في الذمّة، فالحوالة بها حوالة بقيمتها[١٤]. وقد فهم في «جامع المقاصد» من عبارة

---

(١) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٢.

(٢) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٧.

(٣) الخلاف: في الحوالة ج ٣ ص ٣١٠ مسألة ١٠.

(٤) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

(٥ و ١٤) تذكرة الفقهاء: في الدَين المحال به ج ١٤ ص ٤٥٢ و٤٥٣.

(٦) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٥.

(٧) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٧.

(٨) التنقيح الرائع: في الحوالة ج ٢ ص ١٩١.

(٩) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٢.

(١٠) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٨.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٤.

(١٢) رياض المسائل: في الحوالة ج ٨ ص ٥٩٠.

(١٣) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ٧.

وبالثمن في مدّة الخيار، وبمال الكتابة بعد حلول النجم،

الكتاب أنّهامبنية على أنّ الواجب في القيمي مثله، ثمّ ينتقل إلى القيمة للتعذّر حيث إنّه لا مثل له، وأنّ المصنّف أراد ثبوت صحّة الحوالة فيه وإن قلنا إنّ الواجب فيه هو المثل ثمّ ينتقل إلى القيمة، لأنّ الوصول إلى الحقّ ممكن بالمثل وبالقيمة فيما لا مثل له، ومتى أمكن الوصول إلى الحقّ فلا مانع من صحة الحوالة [1]. انتهى. وقد عرفت أنّ الغرض التنبيه على خلاف الشيخ فتجشّم ما تجشّم، فتأمّل.

قوله: ﴿وبالثمن في مدّة الخيار﴾ كما في «التذكرة [2] والتحرير [3] وجامع المقاصد [4]» لأنّه حقّ ثابت آيل إلى اللزوم، وتزلزله لا ينافي نقله إلى ذمّة أُخرى ولا استيفاؤه، والمخالف بعض الشافعية [5]. وكلام «المبسوط [6]» في العبد يعطي المنع.

وهل يسقط بذلك الخيار؟ وجهان أقواهما السقوط وقوّى في «التذكرة [7]» البقاء. وإذا انفسخ البيع لفسخ صاحب الخيار ففي بطلان الحوالة وجهان أظهرهما البطلان في بعض الصور كما يأتي [8].

[في صحّة الحوالة بمال الكتابة]

قوله: ﴿وبمال الكتابة بعد حلول النجم﴾ كما في «الشرائع [9] والتحرير [10]

(١ و ٤) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٢.
(٢ و ٧) تذكرة الفقهاء: في الدّين المحال به ج ١٤ ص ٤٤٨ و ٤٤٩.
(٣ و ١٠) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٧.
(٥) المجموع: في الحوالة ج ١٣ ص ٤٢٦.
(٦) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.
(٨) سيأتي في ص ٥٣٩ ـ ٥٤١ ـ ٥٤٢.
(٩) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

وقبله على إشكال.

والتذكرة[1] والإرشاد[2] والمختلف[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] ومجمع البرهان[6]» لأنّه مال ثابت في ذمّة المكاتب فصحّت الحوالة به على العبد. وفي «المسالك[7]» لا إشكال فيه. وخصّ خلاف الشيخ في «المبسوط» بما قبل الحلول. ونحو ذلك ما في «الشرائع[8]» والشيخ[9] منع من الحوالة به على العبد وأطلق لجواز تعجيز نفسه، فلا يمكن إلزامه بالأداء، فيكون مخالفاً فيما نحن فيه، فتأمّل.

قوله: ﴿وقبله على إشكال﴾ ونحوهما في «الشرائع[10] والإيضاح[11]» من عدم الترجيح. والجواز خيرة «التذكرة[12] والتحرير[13] والإرشاد[14] وجامع المقاصد[15] والمسالك[16] ومجمع البرهان[17]» لأنّه مالٌ ثابت بعقدٍ لازم ونمنع أنّه يجوز له تعجيز نفسه، ولو سلّم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدّة الخيار، وقد سمعت أنّ الشيخ أطلق المنع، وتبعه على ذلك القاضي فيما حكي[18].

ووجه الإشكال ممّا ذكر وممّا استند إليه الشيخ من أنّ مال الكتابة ليس بدَينٍ ثابت، لأنّ للمكاتب إسقاطه بالتعجيز، وزيد له إمكان موته قبل حلول النجم، فيظهر

(١ و١٢) تذكرة الفقهاء: في الدّين المحال به ج ١٤ ص ٤٥٠.

(٢ و١٤) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.

(٣) مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ١٠.

(٤ و١٥) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٢ و٣٦٣.

(٥ و٧ و١٦) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢٢١.

(٦ و١٧) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٢.

(٨) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣. (٩) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣٢٠.

(١٠) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

(١١) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٤.

(١٣) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٧.

(١٨) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة: في الحوالة ج ٦ ص ١٠.

ولو أحال المكاتَب سيّده بثمن ما باعه جاز،

عدم استحقاقه. فليتأمّل في الوجه الثاني فإنّه لا يناسب على مختار المصنّف.

[في صحّة حوالة المكاتب سيّده بثمنه]

قوله: ﴿ولو أحال المكاتب سيّده بثمن ما باعه جاز﴾ معناه كما في «جامع المقاصد[1]» أنّه إذا أحال المكاتب سيّده على إنسان بمال الكتابة صحّت الحوالة. وبه صرّح في «المبسوط[2]» وحكى عليه الإجماع في «التحرير[3]» وظاهر «التذكرة» حيث قال عندنا وعند كثير من العامّة[4]. قلت: فيتحرّر ويكون ذلك بمنزلة الأداء، سواء أدّى المحال عليه أو لا حتّى لو أفلس به، لأنّه أحاله على مال مستقرّ، وقد قيل فيبرأ كما في «التذكرة[5]» وغيرها[6].

ويحتمل أن يكون معنى العبارة أنّ المكاتب أحال سيّده بثمن الثوب مثلاً الّذي باعه السيّد للمكاتب كما في «الشرائع» قال فيها: ولو باعه السيّد سلعةً له فأحاله بثمنها جاز[7]. وخصّ البيع ولم يذكر حكم مطلق الدَين مع اشتراكهما في المعنى تنبيهاً على خلاف الشيخ في «المبسوط[8]» في مسألة البيع حيث إنّه يمكن فسخ الكتابة بناءً على أصله من جوازها من جهته، فيوجب استحقاق السيّد شيئاً على عبده بخلاف ما لو باعه أجنبي وأحاله على المكاتب بثمنه فإنّه لا سبيل له إلى إسقاطه ولو فسخت الكتابة فإنّه يثبت في ذمّته. وبه يرتفع التكرار الّذي نبّه عليه في «جامع المقاصد[9]».

(١ و٩) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٣.

(٢ و٨) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣٢١.

(٣) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الدَين المحال به ج ١٤ ص ٤٥٠ ـ ٤٥١.

(٦) كمسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢٢٢.

(٧) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

ولو كان له على أجنبيّ دَينٌ فأحاله عليه بمال الكتابة صحّ، لأنّه يجب تسليمه.

قوله: ﴿ولو كان له على أجنبيّ دَينٌ فأحاله عليه بمال الكتابة صحّ، لأنّه يجب تسليمه﴾ هذا صرّح به في «المبسوط[١]» وغيره[٢]. وقال في «جامع المقاصد» قد كان هذا مغنياً عمّا قبله، لأنّ الدَين شامل للثمن وغيره[٣]. ومعنى قوله «يجب تسليمه» أنّه يجب على المديون تسليم ما للمكاتب عليه إليه أو إلى مَن يرتضيه. والشهيد[٤] فَهِمَ من العبارة أنّ المولى أحال الأجنبي المديون للمكاتب على المكاتب بمال الكتابة، وشرط في الصحّة إجازة العبد.

[فيما لو قضى المحيل الدَين بمسألة المحال عليه]

قوله: ﴿ولو قضى المحيل الدَين بمسألة المحال عليه رجع عليه، وإن تبرّع لم يرجع ويبرأ المحال عليه﴾ كما في «المبسوط[٥] والشرائع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والمسالك[٩] والكفاية[١٠]» ووجهه ظاهر، لأنّ الحوالة لمّا كانت ناقلة صار المحيل بالنسبة إلى دَين المحتال بمنزلة الأجنبي لبراءة ذمّته، فإذا أدّاه

(١ و ٥) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣٢١ و٣١٨.
(٢) كمسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٢٢.
(٣) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٣.
(٤) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٨٠ س ٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(٦) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.
(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٨٤.
(٨) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.
(٩) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢١٧.
(١٠) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

ولو طالب المحال عليه المحيلَ بما قبضه المحتال فادّعى شغل ذمّته قُدِّم قول المنكر مع اليمين.

بعد الحوالة كان كمن أدّى دَين غيره بغير إذنه، فيشترط في جواز رجوعه عليه مسألته، وإلّا كان متبرّعاً وبرئ المحال عليه من الدَين. ونبّهوا بذلك على خلاف أبي حنيفة[1] وأصحابه حيث قالوا: لا يكون متبرّعاً ويكون له الرجوع به، لأنّ الدَين باقٍ في ذمّة المحيل من طريق الحكم وإن برئ في الظاهر، وهو غلط، لأنّه لو كان الحقّ باقياً في ذمّته حكماً لملك مطالبته إلى غير ذلك من المفاسد المخالفة لقواعد الباب.

[في ما لو ادّعى المحيل شغل ذمّة المحال عليه]

قوله: ﴿ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادّعى شغل ذمّته قُدِّم قول المنكر مع اليمين﴾ كما في «الشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] واللمعة[6] وجامع المقاصد[7] ومجمع البرهان[8] والكفاية[9]» لأنّ الحوالة جائزة على البريء، فلم تقتضي بإطلاقها ثبوت دَين كذلك، فالقول قوله مع يمينه عملاً بأصل البراءة، ولا معارض له إلّا الظاهر، إذ الظاهر أنّه لو لا اشتغال

---

(١) الفتاوى الهندية: في الحوالة ج ٣ ص ٢٩٧.
(٢) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٨٥.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.
(٦) اللمعة الدمشقية: في الحوالة ص ١٤٥.
(٧) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٤.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١١.
(٩) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

ذمّته لما أُحيل عليه، والأصل مقدّم على الظاهر، وإنّما يتخلّف في مواضع نادرة.

ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمّة المحال عليه تعارض أصل صحّة العقد وأصل البراءة. وفي «جامع المقاصد[1] والمسالك[2] ومجمع البرهان[3]» أنّهما يتساقطان ويبقى مع المحال أداء دَين المحيل بإذنه، فيرجع عليه، ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها، لاتّفاقهما على الإذن وإنّما اختلفا في أمرٍ آخر، فإذا لم يثبت ما اختلفا يبقى ما اتّفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع.

قلت: أصل صحّة العقد قد ورد على أصل البراءة فينقطع به، إذ المفروض اتّفاقهما على وقوع العقد الجامع للأركان كما هو الشأن فيما لو اختلفا في صحّة البيع وفساده، كما لو ادّعى فقد شرط كجهالة الثمن ونحوها، فإنّ القول قول مدّعي الصحّة وإن كان الأصل بقاء الملك على مالكه، والأصل براءة ذمّة كلّ واحدٍ منهما من وجوب التسليم، فالقول قول المحيل حينئذٍ كما هو خيرة «التذكرة[4]».

واحتمال إطلاق الحوالة هنا مجازاً على غير ذات الشغل لا يمكن الاستناد إليه، لما فيه من الفساد في سائر الأبواب. وبالغ في «جامع المقاصد» فقال: سيأتي بيان عدم الاعتداد بأصل الصحّة عن قريب ـ يعني في مقابلة أصل البراءة ـ وقد لحظنا ما يأتي له فلم نجد له ما يبيّن منه عدم الاعتداد بهذا الأصل إلّا ما ذكره في شرح قوله «ولو صدّقهما المحتال وادّعى أنّ الحوالة بغير الثمن صدّق مع اليمين»[5] وذلك في مقامٍ آخر لا يشبه ما نحن فيه، بل كلامه هناك يؤيّد هذا الأصل ويشيّده في

(١ و ٥) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٤ و٣٧٦.

(٢) مسالك الأفهام: في شروط الحوالة ج ٤ ص ٢٢٠.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٦.

ولو احتال البائع ثمّ ردّت السلعة بعيبٍ سابق، فإن قلنا: الحوالة استيفاء بطلت لأنّها نوع إرفاق فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسّرة فأعطاه صحاحاً ثمّ فسخ فإنّه يرجع بالصحاح، وإن قلنا: إنّها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثمّ ردّ بالعيب فإنّه يرجع بالثمن لا الثوب،

مثل ما نحن فيه، فليلحظ ذلك. نعم تقدّم له في باب الضمان [١] ويأتي له في الإجارة [٢] أنّ أصل الصحّة في العقود إنّما يتمسّك به بعد استكمال أركانها كما تقدّم [٣] بيانه مفصّلاً، وما نحن فيه في غير الأركان. ثمّ إنّا نقول ـ كما سيأتي [٤] ـ إنّ الحوالة إذا بطلت لم يبق الإذن، لأنّ بناء البقاء على أنّ الخاصّ إذا ارتفع يبقى العامّ. وفيه: أنّ الإذن العامّ إنّما كان في ضمن الإذن الخاصّ والإذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمّنه ولا كذلك الوكالة والشركة كما سيأتي [٥] بيان ذلك كلّه عند تعرّض المصنّف له.

وليعلم أنّ المحال عليه إذا كان بريء الذمّة لا يرجع على المحيل إلّا بعد الأداء، لأنّ الحوالة حينئذٍ في معنى الضمان، ولهذا عبّر في «الشرائع [٦]» وغيرها [٧] بالأداء.

[فيما لو ردّت السلعة بعيبٍ بعد الحوالة]

قوله: ﴿ولو احتال البائع ثمّ ردّت السلعة بعيبٍ سابق، فإن قلنا الحوالة استيفاء بطلت لأنّه نوع إرفاق فإذا بطل الأصل بطلت هيئة

(١ و٣) تقدّم كلامه في ص ٣٧٨ وكذا في ج ١٥ ص ٦٥٨ ـ ٦٦٤ واورد عليه بالإيرادات الكثيرة، وقد ذكرنا هناك في الهامش ما يفيدك، فراجع.

(٢) سيأتي في ج ٧ ص ٢٩٤ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

(٤ و٥) سيأتي في ص ٥٣٧ ـ ٥٣٩.

(٦) شرائع الإسلام: في الحوالة ج ٢ ص ١١٣.

(٧) كجامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٤.

الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسّرة فأعطاه صحاحاً ثمّ فسخ فإنّه يرجع بالصحاح، وإن قلنا: إنّها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثمّ ردّ بالعيب فإنّه يرجع بالثمن لا الثوب﴾ لا فرق بين الفسخ بخيار العيب وغيره من أنواع الخيار والإقالة والفسخ بالتحالف ونحو ذلك ممّا لا يبطل البيع من أصله بل من حينه، لكنّ المحقّق[1] والمصنّف مثّلوا بالعيب تبعاً للشيخ في «المبسوط[2]» والعامة[3].

ومعنى العبارة أنّ زيداً باع عبداً مثلاً بمائة درهم لعمرو، ثمّ إنّ عمراً أحال زيداً بالمائة على بكر، ثمّ إنّ عمراً وجد في العبد عيباً سابقاً على العقد أو لاحقاً على وجهٍ يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان فردّه ـ أي ردّ المشتري العبد بالعيب ـ وفسخ البيع، فالشيخ في «المبسوط» قال: بطلت الحوالة، لأنّها تابعة لصحّة البيع فإذا بطل بطلت الحوالة. وفي «مجمع البرهان[4]» أنّه ـ أي البطلان ـ أقوى. وإليه يرجع كلام «الإيضاح[5] وجامع المقاصد[6]» وكلّ مَن قال إنّ الحوالة استيفاء كما ستعرف. والمحقّق في «الشرائع[7]» والمصنّف في «الإرشاد[8]» تردّدا، وكذلك «التحرير[9] والتذكرة[10] وغاية المراد[11] والمسالك[12]» حيث لا ترجيح

(١ و٧) شرائع الإسلام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ١١٤.
(٢) المبسوط: في الحوالة ج ٢ ص ٣١٣.
(٣) المجموع: في الحوالة ج ١٣ ص ٤٣٨.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٢.
(٥) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٥.
(٦) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٦.
(٨) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٢.
(٩) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٤.
(١١) غاية المراد: في الحوالة ج ٢ ص ٢٢٦.
(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣١.

فيها. وقال فخر الإسلام في «شرح الإرشاد[١]»: إنّ البطلان أولى.

حجّة الشيخ ما حكيناه عنه من أنّها تابعة للبيع ومترتّبة على شغل ذمّة المحيل، فإذا بطل الأصل وحصلت البراءة بطلت الحوالة.

وحجّة عدم البطلان أنّها عقدٌ برأسه ناقلة للمال إلى ذمّة المحال عليه في حال كون المحتال مستحقّاً للدّين في ذمّة المشتري، فلا يزيله الفسخ المتعقّب، لأنّه إبطال العقد من حينه لا من أصله، ومنه يُعلم وجه التردّد والإشكال.

وأصحاب الشافعي[٢] والمصنّف هنا بنوا الوجهين على أنّ الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل أو اعتياض؟ فعلى الأوّل تبطل، لأنّها نوع إرفاق، وإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق، كما لو اشترى شيئاً بدراهم مكسّرة فأعطاه صحاحاً تطوّعاً فإنّه يرجع بالصحاح، ولا يقال يرجع بمثل المكسّرة لبقاء التبرّع بصفة الصحّة، وإن كان لو لا الفسخ لكان هذا الدفع لازماً. وعلى الثاني لا يبطل، كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً بأن باع أحدهما بالآخر ثمّ فسخ بالعيب فإنّه يرجع بمثل الثمن لا بالثوب، لأنّه مملوك بمعاوضة مستقلّة. ولا فرق في ذلك بين كون الردّ بالعيب بعد قبض المبيع وقبله ولا بين أن يكون الردّ بعد قبض المحتال مال الحوالة وقبله. وقد جعل في «التحرير[٣]» النظر والإشكال فيما إذا ردّ قبل قبض المحتال مال الحوالة، وهو لبعض[٤] العامّة. وبعضهم[٥] فرّق بين كون الردّ قبل قبض المبيع فتبطل وكونه بعده فلا تبطل.

---

(١) شرح الإرشاد للنيلي: في الحوالة ص ٥٦ س ٣٠ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٢) فتح العزيز (بهامش المجموع): ج ١٠ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.

(٤ و ٥) المجموع: في الحوالة ج ١٣ ص ٤٣٩.

فللمشتري الرجوع على البائع خاصّة إن قبض ولا يتعيّن المقبوض، وإن لم يقبضه فله قبضه.

وهل للمشتري الرجوع على البائع قبل قبضه؟ إشكالٌ ينشأ من أنّ الحوالة كالقبض ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، ومن أنّ التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته.

قوله: ﴿فللمشتري الرجوع على البائع خاصّة إن قبض ولايتعيّن المقبوض، وإن لم يقبضه فله قبضه. وهل للمشتري الرجوع على البائع قبل قبضه؟إشكالٌ ينشأ من أنّ الحوالة كالقبض ولهذا لايحبس البائع بعدها السلعة، ومن أنّ التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته﴾

هذا تفريعٌ على عدم بطلان الحوالة، وقد ذكر ذلك كلّه في «التذكرة» قال: لو أُحال المشتري البائع بالثمن ثمّ فسخ بالعيب، فإن قلنا لا تُبطل الحوالة برئ المحال عليه ولم يكن للمشتري مطالبة المحال عليه بشيء بحال، لأنّه قبض منه بإذنه بل يرجع إلى البائع فيطالبه إن كان قد قبض مال الحوالة، ولا يتعيّن حقّ المشتري فيما أخذه البائع من المحال عليه بل للبائع أن يدفع إليه عوضه لبقاء الحوالة صحيحة، وإن لم يكن البائع قدقبض فله أن يقبضه. وهل للمشتري الرجوع عليه قبل قبضه؟ وجهان للشافعية. أحدهما نعم لأنّ الحوالة كالمقبوضة، ألا ترى أنّ المشتري إذا أحال البائع بالثمن سقط حقّ الحبس، والزوج إذاأحال المرأة سقط حقّ حبسها، وأصحّهما عندهم أنّه لا يرجع، لأنّه لم يوجد حقيقة القبض وإن كان للحوالة حكم القبض، والغرامة إنّما تكون بحسب القبض[1]، انتهى.

وهـذا الأخير هو معنى قوله هنا «ومن أنّ التغريم للمقبوض» إذ معناه أنّ أخذ

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٨.

فإن منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ إشكالٌ،

العوض من البائع إنّما هو عن المقبوض وإلى الآن لم يحصل القبض حقيقة وإن حصل ما يقوم مقامه. وهذا الصحيح عندهم فاسد عندنا، لأنّ البائع حيث ملك المحال به بالحوالة الّتي هي بيع عندهم خرج ذلك عن كونه ملكاً للمشتري فلابدّ أن يثبت عوضه في ذمّةالبائع حيث حصل الفسخ ويثبت الترادّ في العوضين، ولا أثر للقبض وعدمه في ذلك، فتوجيههم الشقّ الأوّل بكون الحوالة كالقبض ضعيف. ونحوه توجيه المصنّف الشقّ الثاني، لأنّ التغريم ليس للمقبوض بل لما ثبت في ذمّة البائع بدلاً عن الدّين الّذي كان ملكاً للمشتري.

وكيف كان، فالأصحّ أنّ له الرجوع في هذه الحالة إن قلنا إنّ الحوالة اعتياض كما في «المبسوط[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]».

قوله: ﴿فإن منعناالرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ إشكالٌ﴾ أي فإن منعنا رجوع المشتري على البائع حتّى يقبض إذا حصل فسخ البيع ولم يكن قبض فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة أي بقبض المال المحال به ليرجع عليه؟ يحتمل ذلك، لأنّه إذا بطل ملك المشتري للمبيع وعاد إلى البائع فإمّا أن يستحقّ عليه العوض الّذي ملكه في مقابلته أو لا، والثاني باطل، لاستحالةأن يملك العوض والمعوّض فتعيّن الأوّل، فللمشتري مطالبةالبائع بأمرين: إمّاالتحصيل ليغرم أو الغرم في الحال، فيقول له خذه لتغرم، وإن رضيت بذمّته فشأنك

---

(١) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.
(٣) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٨.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٢.

فاغرم، لأنّه إن توقّف استحقاق مطالبته على قبض البائع له والقبض غير واجب على البائع جاز تأخيره دائماً، فلا يستحقّ عليه المطالبة بشيءٍ دائماً، فلا يستحق عليه شيء حينئذٍ فيؤدّي إلى ضياع ماله وهو ضرر منفي بالآية[١] والرواية[٢]، وذلك حيث يعاند البائع بتأخير قبض حقّه، وإن وجب القبض استحقّ المطالبة وهو المطلوب.

وقد يقال[٣] عليه: إنّ إيجاب قبض مال الإنسان عليه ليترتّب عليه حقّ للغير لم يكن قبل ذلك ضرر والضرر لا يزال بالضرر، إلّا أن تقول: إنّ الضرر الأكثر يزال بالأقلّ، فتأمّل.

ويحتمل العدم، لأنّ استحقاق المطالبة بأيّ شيءٍ فرض بنفس المال أو بقبضه من المحال عليه موقوف على استحقاق التغريم ووجوبه، واستحقاق التغريم ووجوبه موقوف على القبض، لأنّا نبحث على هذا التقدير، فلو استحقّ المطالبة قبل القبض لزم الدور، وهو على تقدير مطالبته بنفس المال واضح، وأمّا على تقدير مطالبته بأن يطالب فتوجيهه أن يقول له: إمّا أن تطالب أو تغرم، فخيّره بين الأمرين، ومن المعلوم أنّ المخيّر فيه يكون له تسلّط عليه فيه، وقد علم أن لا تغريم إلّا بعد القبض.

وقد يقال[٤]: إنّ هذا التغريم غير ذاك التغريم، لأنّ هذا ناشٍ من المطالبة بالمطالبة وذلك (وذاك ـ خ ل) غيره، فتأمّل.

وقرّره في «جامع المقاصد» بأنّ وجوب التغريم متوقّف على القبض، واستحقاق المطالبة موقوف على وجوب التغريم، فلو توقّف وجوب القبض على استحقاق المطالبة لزم الدور[٥]. وحاصله: أنّه لا يستحق المطالبة إلّا إذا قبض، ولا يجب

---

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الكافي: في الضرار ح ٢ ج ٥ ص ٢٩٢.

(٣) كما في جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٨.

(٤) لم نعثر على قائله حسبما تصفّحناه فيما بأيدينا من المصادر، فراجع.

(٥) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٨.

وعلى تقدير البطلان لا يردّ البائع على المحال عليه بل يردّ على المشتري ويتعيّن حقّه فيما قبضه، فإن تلف فعليه بدله وإن لم يقبضه فلا يقبضه،

القبض إلّا إذا استحق المطالبة، فليتأمّل فيه وليلحظ ما حرّرناه.

واستدلّ على العدم بأنّه ليس للإنسان قهر غيره على قبض حقّه، والحوالة حقّ للبائع، وقد عرفت أنّ البائع ملك المحال به بالحوالة، ولابدّ أن يثبت عوضه في ذمّته للمشتري ويجب الترادّ، فكان له الرجوع وإن لم يقبض البائع، فالإشكال ضعيف. وقد قال في «التذكرة»: وللشافعية وجهٌ بعيد وهو أنّه لا يملك المطالبة بالتحصيل[1].

قوله: ﴿**وعلى تقدير البطلان لا يردّ البائع على المحال عليه بل يردّ على المشتري ويتعيّن حقّه فيما قبضه، فإن تلف فعليه بدله وإن لم يقبضه فلا يقبضه**﴾ لمّا فرغ من التفريع على الصحّة وأنّها اعتياض شرع في التفريع على البطلان وأنّه استيفاء. قال في «التذكرة»: وإن قلنا تبطل الحوالة، فإن كان قد قبض المال من المحال عليه فليس له ردّه عليه لأنّه قبضه بإذن المشتري، ولو ردّه لم تسقط مطالبة المشتري عنه بل حقّه الردّ على المشتري ويتعيّن حقّه فيما قبضه، وإن تلف فعليه بدله، وإن لم يكن قبضه فليس عليه قبضه لأنّه عاد إلى ملك المشتري كما كان[2]. وبه كلّه صرّح في «المسالك[3]» انتهى.

قلت: أمّا أنّه يتعيّن حقّه فيما قبضه فلأنّه مال المشتري قد تعيّن بالقبض عن الدَين الّذي كان عليه، وإلّا لامتنع وقوعه عن دَينه، فلا يزول ذلك بزوال الدَين. وقال المقدّس الأردبيلي: يمكن أن لا يكون للمحيل استحقاق الأخذ من البائع

(١ و ٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٩.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٢.

فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يُحتمل ذلك لأنّه كان مأذوناً في القبض بجهة، فإذا بطلت بقي أصل الإذن، والأصحّ العدم، لأنّ الإذن الّذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه.

والوكالة عقدٌ مخالف للحوالة،

لبطلان الحوالة، فيكون المطالب هو المحال عليه، وهو غير بعيد على تقدير الأخذ بعد البطلان[1]. وأمّا أنّه عليه بدله إن تلف فلأنّه قبضه بدلاً عن دَينه الّذي هو الثمن فكان قادماً على ضمانه.

قوله: ﴿فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يُحتمل ذلك، لأنّه كان مأذوناً في القبض بجهة، فإذا بطلت بقي أصل الإذن، والأصحّ العدم، لأنّ الإذن الّذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]». وحاصل ما ذكروه جميعاً: أنّ البائع إذا خالف وقبض مال الحوالة الّذي قلنا إنّه ليس له قبضه فإنّه لا يقع له قطعاً، لأنّه لا استحقاق له، وهل يقع عن المشتري بحيث يتعيّن له بهذا القبض؟ فيه احتمالان، أحدهما: أنّه يقع، لأنّه كان مأذوناً في القبض لحقّه بالحوالة، فإذا بطلت بقيَ أصل الإذن، لأنّ الخاصّ إذا ارتفع يبقى العامّ. والثاني: العدم، لأنّ الإذن العامّ إنّما كان في ضمن الإذن الخاصّ، والإذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمّنه.

قوله: ﴿والوكالة عقدٌ مخالف للحوالة﴾ ومثله قال في «التذكرة[5]» ويريد أنّا لو قلنا بوقوع القبض وجوازه بالإذن فإنّما يكون عن المشتري بوكالة منه، لأنّه

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٢.

(٢ و ٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٩.

(٣) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٦٦.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٢.

بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة، فإنّ الإذن الضمني يبقى ويصحّ التصرّف لأنّ المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن، وهما مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر، وفي الشركة يتصرّف بالإذن، فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومه.

يكون قد استنابه في القبض عنه، وليس لهذه الوكالة ما يقتضيها إلّا الحوالة، وهي لا تقتضي الوكالة، لأنّهما عقدان متغايران. وقد يقال[1]: لا حاجة إلى هذا بعد فرض انتفاء الإذن الضمني.

قوله: ﴿بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة، فإنّ الإذن الضمني يبقى ويصحّ التصرّف، لأنّ المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن، وهما مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر، وفي الشركة يتصرّف بالإذن، فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومه﴾ هذا ذكره في «التذكرة[2]» في فرعٍ فرّعه على المسألة. وقد أوضحه الشهيد في «حواشيه[3]» والمحقّق الثاني في «جامع المقاصد[4]» وكذلك صاحب «المسالك[5]» بأنّه جواب سؤال مقدّر صورته: أنّه كيف انتفى الإذن في قبض المال المحال بطروّ بطلان الحوالة مع أنّ الإذن في التصرّف يبقى في الوكالة والشركة الفاسدتين؟ كما لو وكّله في التصرّف إذا جاء رأس الشهر وشاركه على الاستواء في الربح واختصاص أحدهما بالخسران، فيعتبر الإذن الضمني فيهما ويحكم ببقائه.

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٠.

(٣) لم نعثر عليه في الحاشية لدينا فراجع.

(٤) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٠.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٢.

والجواب بالاختلاف بينهما وبين الحوالة، لأنّ المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق وللمحيل بالإذن، وهما ـ أي قبضه لنفسه بالاستحقاق وقبضه للمحيل بالإذن ـ مختلفان، لأنّ أحدهما حوالة والآخر وكالة، فبطلان إحداهما لا يفيد حصول الاُخرى قطعاً، إذ من المعلوم البيّن أنّ الحوالة لم تتضمّن التوكيل كما أنّ البيع لا يتضمّنه، فإذا بطلت الحوالة توقّف ثبوت الوكالة على مقتضى له، أمّا في الشركة والوكالة فلا.

واقتصر المصنّف على ذكر الشركة إيثاراً للاختصار واعتماداً على حصول المراد بذكرها، فإنّه يتصرّف بالإذن حيث استنابه في التصرّف، فإذا بطل خصوص الإذن لفساد العقد بقي عمومه.

ثمّ قال في «جامع المقاصد»: والحقّ أنّ الّذي يتحصّل ممّا ذكره هو أنّ بقاء عموم الإذن في التصرّف في الوكالة والشركة إذا فسدتا أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة لشدّة البُعد بينهما، أمّا صحّة بقاء الإذن الضمني فيهما بحيث يحكم بجواز التصرّف بمجرّد ادّعائه بقاء عموم الإذن فليس بظاهر، لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابقي، إلّا بدليل يدلّ عليه غير كونه ضمنيّاً[١]. ونحو ذلك ما في «المسالك[٢]».

قلت: هما قولان مشهوران في باب الوكالة، منشأ البقاء كون الفاسد إنّما هو العقد، أمّا الإذن الّذي هو مجرّد إباحة تصرّف فلا، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أنّ لك العشر من ثمنه، فتفسد الوكالة دون الإذن، وأنّ الوكالة أخصّ من مطلق الإذن وعدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعمّ، ومنشأ العدم أنّ الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن وما يزيد عنه مثل الجعل أمر زائد على الوكالة لصحّتها بدونه، فلا يعقل فسادها مع صحّته أي الإذن، لكنّ المصنّف هنا وفي «التذكرة[٣]»

---

(١) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٠ ـ ٣٧١.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١١٤ س ٣٢، أمّا الموضع الثاني فلم نعثر عليه، فراجع لعلّك تجده إن شاء الله.

ولو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدّد الفسخ، لتعلّق الحوالة بغير المتعاقدَين سواء قبض أم لا.

في موضعين منها و«المختلف[١]» وغيره[٢] ذهب إلى صحّة التصرّف بالإذن الضمني، وهذا حديث إجمالي والتفصيل في بابه إن شاء الله تعالى.

[فيما لو أحال البائع على المشتري ثمّ فسخ]

قوله: ﴿ولو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدّد الفسخ، لتعلّق الحوالة بغير المتعاقدَين سواء قبض أم لا﴾ عدم بطلان الحوالة هنا خيرة «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والإرشاد[٦] وشرحه» لولد المصنّف[٧] و«جامع المقاصد[٨] والإيضاح[٩] والمسالك[١٠]».

وقد حكى في «التحرير[١١]» والأخيرين[١٢] عن الشيخ دعوى الاتّفاق عليه،

---

(١) مختلف الشيعة: في الوكالة ج ٦ ص ٣٢.

(٢) كما في القواعد: في الوكالة ج ٢ ص ٣٥٠.

(٣) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ١١٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٧.

(٦) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٣.

(٧) شرح الإرشاد للنيلي: في الحوالة ص ٥٦ س ٣٢ و٣٣ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٨) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧١.

(٩) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٦.

(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٣.

(١١) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.

(١٢) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٦، ومسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٣.

والموجود في «المبسوط» لم تبطل الحوالة بلا خلاف[1]. والظاهر أنّ مراده بلا خلاف بين العامّة، لأنّه ذكر خلافهم في العكس، أو أنّ مراده بلا خلاف بينه وبين العامّة، وإلّا فهذا الفرع ما ألمّ به أحد منّا قبله. نعم الإجماع محكي صريحاً في «شرح الإرشاد» لفخر الإسلام[2].

ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد قبض أو لا، لانتقال الملك بدون القبض. واحتمل في «التحرير» بطلان الحوالة إن كان الردّ قبل القبض لسقوط الثمن، ثمّ احتمل الصحّة[3].

والوجه في المسألة بعد ما سمعته عن «المبسوط» أنّه لا يشترط شغل ذمّة المحال عليه كما مرّ، فإذا بطل البيع لم تبطل الحوالة، لأنّها من حين البيع إلى حين بطلانه حوالة على مشغول الذمّة، ومن حين البطلان صارت على بريء، فلا تحتاج إلى بقاء شغل الذمّة.

وقد وجّهه في «المبسوط[4] والشرائع[5] والكتاب» وغيره[6] بأنّها تعلّقت بغير المتعاقدين، وقد أشاروا به إلى الفرق بين حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الأجنبي على المشتري، فإنّ الحقّ في الأوّل كان مختصّاً بالمتعاقدين بسبب المبيع فإذا بطل السبب بطل التابع، لأنّ الحوالة إنّما كانت طريقاً لاستيفاء البائع الثمن، فلم يتعلّق بذلك حقّ ثالث، بخلاف حوالة الأجنبي فإنّها لا تبطل وإن حكم بالبطلان ثمّة،

(١) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.
(٢) شرح الإرشاد للنيلي: في الحوالة ص ٥٦ السطر الأخير (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.
(٤) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.
(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ١١٤.
(٦) كمسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٣.

ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين،

لتعلّق الحوالة بغير المتعاقدين حيث إنّ الثمن صار مملوكاً للأجنبي قبل فسخ العقد كما لو باع البائع الثمن لشخصٍ آخر. قلت: هذا يتوجّه (يتّجه ـ خ ل) حيث يسبق القبض الردّ.

وصاحب «الإيضاح» لم يعوّل إلّا على إجماع الشيخ، قال: لأنّ الإجماع المنقول بخبر الواحد حجّة[1]. وقد عرفت حال هذا الإجماع.

وخلاف الأقرب احتمال البطلان، لأنّ استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل، ولأنّ الإحالة إنّما هي بالثمن. وردّ في «جامع المقاصد[2] والمسالك[3]» بأنّه فرع وقت الحوالة لا مطلقاً أي لا بعد الحوالة، لإفادتها الملك حين وقعت بغير معارض. وقد سمعت ما في «التحرير». وأنت خبير بأنّه على القول باشتراط شغل ذمّة المحال عليه يجيء الإشكال ويقوى احتمال البطلان، بل قد يقال على القول بعدم الاشتراط: إنّ المشتري ما قبل الحوالة إلّا باعتقاد شغل ذمّته، فيكون كأنّه قد اشترط ذلك. ويرشد إليه ما سيأتي فيما إذا بطل العقد من أصله في هذه الصورة، فليس ذلك الاحتمال ظاهر الضعف كما في «جامع المقاصد[4]» ولا بتلك المكانة منه كما في «المسالك[5]» ولذلك عبّر المصنّف هنا، وفي «التذكرة[6]» بالأقرب، وتوقّف في «التحرير[7]».

[فساد الحوالة فيما لو ظهر فساد البيع]

قوله: ﴿ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين﴾ كما

---

(١) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٦.

(٢ و ٤) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٢.

(٣ و ٥) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٢٣.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٧.

(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.

في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] ومجمع البرهان[7] وشرح الإرشاد[8]» لفخر الإسلام، وفيه الإجماع على بطلان الحوالة فيما إذا أحال البائع أجنبيّاً وظهر فساد البيع.

والمراد بالصورتين والموضعين فيما عبّر فيه بذلك ما إذا أحال المشتري البائع وما إذا أحال البائع أجنبيّاً.

وقد وجّهوه بأنّ صحّة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين فإذا تبيّن بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الأمر في ذمّة المشتري.

قلت: إذا جازت الحوالة على البريء لم يتّجه هذا التوجيه في الصورة الثانية. نعم يتّجه في الاُولى، لأنّ من شرطها أن يكون المحيل مشغول الذمّة، فالوجه فيه بعد الإجماع المنقول أنّه إنّما أحاله على الثمن الّذي في ذمّة المشتري باعتقاد ذلك، مع أنّه لا شغل في نفس الأمر والواقع، فلم تقع الحوالة موقعها، بخلاف صورة طريان الفسخ فإنّ الشغل ثابت حين العقد، والدوام غير شرط. فتأمّل ولا تغفل عمّا ذكرناه في وجه احتمال عدم القرب في المسألة السابقة. ولا يخفى أنّ الحوالة وقعت في نفسها باطلة لا أنّها بطلت بظهور بطلان البيع كما هو ظاهر العبارات، ولهذا قال في «جامع المقاصد»: قد كان الأحسن أن يقول: ولو فسد البيع فالحوالة باطلة[9]، والأمر في ذلك سهل.

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ١١٤.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٧.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.
(٤) إرشاد الأذهان: في الحوالة ج ١ ص ٤٠٣.
(٥ و ٩) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٢.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٣.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الحوالة ج ٩ ص ٣١٣.
(٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الحوالة ص ٥٦ س ٣٢ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبائع.

فروع

الأوّل: لو أحال بثمن العبد على المشتري وصدّق الجميع العبد على الحريّة بطلت الحوالة.

قوله: ﴿ويرجع المشتري على مَن شاء من المحتال والبائع﴾ كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» أمّا رجوعه على المحتال فلأنّه قد وضع يده على المال، وأمّا رجوعه على البائع لو كان القابض محتاله فلأنّه أوفاه للمحتال عمّا في ذمّته فقبضه منسوب إليه بل قيل: إنّه أقوى، ولهذا يمنع من حبس المبيع بعد الحوالة بالثمن وليس للمشتري الرجوع على المحال عليه بعد القبض حينئذٍ لصدوره بإذنه.

﴿فـروع﴾

هذه فروع أربعة بها يتمّ الباب.

[فيما أحال ثمن العبد ثمّ ادّعى حرّيته]

قوله: ﴿الأوّل: لو أحال بثمن العبد على المشتري وصدّق الجميع العبد على الحرّية بطلت الحوالة﴾ كما في «المبسوط[4]

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٦٨.

(٢) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٣٣.

(٤) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.

ويردّ المحتال ما أخذه من (على ـ خ ل) المشتري ويبقى حقّه على البائع، وإن كذّبهما المحتال وأقام العبد بيّنة أو قامت بيّنة الحسبة فكذلك،

والتحرير[١] والتذكرة[٢]» ومعناه أنّه باعه عبداً وأحال البائع غريمه بالثمن على المشتري ثمّ ادّعى العبد الحرّية، وصدّقه المحيل والمحتال والمحال عليه. ولا ريب أنّ الحوالة حينئذٍ تكون باطلة، لاتّفاقهم على بطلان البيع، وإذا بطل من أصله لم يكن على المشتري ثمن. ويجيء فيه ما تقدّم من الحوالة على البريء. وكذلك الحال لو تصادقوا على الحرّية وإن لم يدّعها العبد.

قوله: ﴿ويردّ المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقّه على البائع﴾ لا ريب أنّه إذا بطلت الحوالة ردّ المحتال على المشتري ما أخذه منه وبقي حقّه على البائع كما كان كما في «التذكرة[٣]».

قوله: ﴿وإن كذّبهما المحتال وأقام العبد بيّنة أو قامت بيّنة الحسبة فكذلك﴾ كما في «التذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥]» وكذلك «المبسوط[٦] والتحرير[٧]» ومعناه أنّ المحتال إذا كذّب البائع والمشتري في كون العبد المبيع حرّاً فإمّا أن تقوم البيّنة على الحرّية أو لا، فإن قامت بطلت الحوالة كما لو تصادقوا، ووجب ردّ ما أخذه المحتال على المشتري، وهو معنى قوله «فكذلك». وهذه البيّنة تتصوّر بأن يقيمها العبد، لأنّ العتق حقّه وأن يبتدأ بها الشهود على سبيل الحسبة أي إقامةً للمعروف ودفعاً للمنكر، فتشهد عند الحاكم من غير دعوى مدّعٍ، فإنّ ذلك جائز محافظةً على دفع المنكر. ويأتي ما إذا فقدت البيّنة.

(١ و٧) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٠.
(٢ و٣ و٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٣.
(٥) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٣.
(٦) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.

وليس للمتبايعَين إقامتها لتكذيبها بالمبايعة، إلّا مع إمكان الجمع كادّعاء البائع عتق وكيله وادّعاء المشتري عتق البائع مع جهله. ولو فقدت البيّنة فلهما إحلافه على نفي العلم فيأخذ المال من المشتري،

قوله: ﴿وليس للمتبايعَين إقامتها لتكذيبها بالمبايعة﴾ كما في «المبسوط[1] والتحرير[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4]» ومعناه أنّه ليس للمتبايعين إقامتها بالحرّية ولا تسمع منهما، لأنّهما قد كذّباها بالتبايع، إذ بيع أحدهما وشراء الآخر قاضيان بالاعتراف بالرقّية، وقد أجمعوا على أنّ كلّ من كذّب بيّنته بقولٍ أو فعلٍ لا تسمع منه إقامتها لكنّه ينتفع بها العبد إذا أقاماها أو أقامها أحدهما.

قوله: ﴿إلّا مع إمكان الجمع كادّعاء البائع عتق وكيله وادّعاء المشتري عتق البائع مع جهله﴾ هذا جعله في «التذكرة» احتمالاً، قال: ويحتمل أن يقيماها إذا أظهرا عذراً بأن يكون البائع قد وكّل بالعتق وصادف البيع العبد معتوقاً فإنّ للبائع هنا إقامة البيّنة حيث لم يكن في إقامتها تكذيب. وكذا لو ادّعى المشتري عتق البائع وجهله أي ثمّ تجدّد العلم بعد البيع[5]. وبه جزم هنا وفي «جامع المقاصد[6]». ولم يذكر في المبسوط والتحرير، ولعلّ الأولى ذِكره، إذ لو كان الأمر كذلك لا سبيل إلى ذلك إلّا ذلك.

قوله: ﴿ولو فُقدت البيّنة فلهماإحلافه على نفي العلم فيأخذ المال من المشتري﴾ قال في «التذكرة»: وإن لم يكن بيّنة لم يلتفت إلى تصادقهما في حقّ المحتال كما لو باع المشتري العبد ثمّ اعترف هو وبائعه أنّه كان حرّاً لم يقبل

---

(١) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٠.
(٣ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٤.
(٤ و٦) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٣ و٣٧٤.

قوله على المشتري، لكن لهما تحليف المحتال على نفي علم العتق، فإن حلف بقيت الحوالة في حقّه ولـم يكن تصادقهما حجّة عليه ـ إلـى أن قال: ـ وإن نكل حلف المشتري. ثمّ إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار بطلت الحوالة، وإن جعلناها كالبيّنة فالحكم كما لو لم يحلف، لأنّه ليس للمشتري إقامة البيّنة [1].

وقال في «جامع المقاصد» بعد أن فسّر عبارة الكتاب: هل يشترط في صحّة دعواهما عليه العلم وطلب حلفه على نفيه إظهار ما به يندفع التنافي ويمكن الجمع أم لا؟ عبارة المصنّف هنا محتملة وإن كانت أظهر في اشتراط ذلك، حيث إنّه بناه على فقد البيّنة، ووجود البيّنة إنّما يعتدّ به بالنسبة إليهما بعد إظهار ما يندفع به التنافي. وفي التذكرة صرّح بأنّه لو نكل المحتال حلف المشتري، قال: ثمّ إن جعلنا اليمين المردودة ... إلى آخر ما حكيناه عنها. قال: وفيها كلامان هذا أحدهما ـ أعني تحليف المحتال ـ ومع نكوله فالمشتري وإن لم يظهر العذر الرافع للتنافي. الثاني أنّه حكم بحلفه على كلّ حال ويكون وجود اليمين كعدمها على تقدير أنّ المردودة كالبيّنة، فلا يكون لهذه اليمين فائدة أصلاً على هذا التقدير، والمعروف أنّ من كذّب إقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلاً، فينبغي تحقيق ذلك [2]، انتهى.

قلت: عبارة «التذكرة» كعبارة الكتاب في بناء التحليف على فقد البيّنة، بل لعلّه أظهر لمكان الاستدراك من النفي، ولعلّ توسيط التمثيل لا يضرّ بالتفريع والاستدراك. ولعلّ قوله «والمعروف ... إلى آخره» راجع إلى الكلام الأوّل الّذي أورده على التذكرة وهو أنّ التبايع قضى بإقرارهما واعترافهما بالرقّية فلا تسمع دعواهما العلم على المحتال وإن لم يظهر العذر، ونحن نقول: إنّ دعوى العلم تسمع، لأنّها دعوى اُخرى، ثمّ إنّه على ما بيّنّاه من أنّ العبارتين متساويتان يسقط ذلك ولا يكاد يتّجه رجوعه

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٤.
(٢) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

وفي رجوع المشتري على البائع إشكالٌ ينشأ من أنّ المظلوم يرجع على مَن ظلمه، ومن أنّه قضى دَينه بإذنه.

إلى غير ذلك. ولم يحكم في التذكرة بالحلف عليه على كلّ حال وإنّما قال: حلف المشتري، ومعناه أنّ له الحلف وله الترك كما هو المعروف، فقد بيّن أنّ له أن يحلف إذا شاء وكان قاضيه ممّن يرى أنّ اليمين المردودة كالإقرار، وإن كان القاضي ممّن يرى أنّها كالبيّنة لا يحلفه، لأنّ وجودها كعدمها. والحاصل: أنّ غرضه بيان أحكام المسألة للحاكم حتّى لا يغفل كما هو الشأن في غيرهما كما هو واضح، وليس غرضه التسجيل عليه ـ أي المشتري ـ بالحلف على كلّ حال، ثمّ إنّ الأمر للقاضي لا له، فالأمر أوضح من أن يحتاج إلى بيان. وهذا تحقيق ما أُحبّ تحقيقه. نعم قد يتّجه عليه في «التذكرة[1]» ما تقدّم منّا غير مرّة من أنّ اليمين المردودة أصلٌ برأسه، على أنّها لو كانت هنا كالبيّنة كانت مقبولة، لأنّها تقبل لو أقامها على أنّه يعلم عتقه، وقد قلنا: إنّه إذا ادّعى ذلك سمع منه لأنّها دعوى أُخرى، كما اعترف به في «التذكرة» وإلّا لما صحّ لهما تحليفه.

قوله: ﴿وفي رجوع المشتري على البائع إشكالٌ ينشأ من أنّ المظلوم يرجع على مَن ظلمه، ومن أنّه قضى دَينه بإذنه﴾ إذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق أخذ المال المحتال به من المشتري وهل يرجع به المشتري على البائع؟ استشكل المصنّف هنا وجزم في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]» بالرجوع إذا دفع إلى المحتال، لأنّه قضى دَينه بإذنٍ شرعي والدفع واجب عليه وربّما أجبره الحاكم عليه. وقرّب في الأوّل عدم الرجوع قبل الدفع، وهو ظاهر، وكان ينبغي الجزم به.

(١ و٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٤.

(٣) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٥.

ولو صدّقهما المحتال وادّعى أنّ الحوالة بغير الثمن صدّق مع اليمين، لأنّ الأصل صحّة الحوالة.

قوله: ﴿ولو صدّقهما المحتال وادّعى أنّ الحوالة بغير الثمن صدّق مع اليمين، لأنّ الأصل صحّة الحوالة﴾ كما في «المبسوط[1] والتحرير[2]» وحاصل ما ذكروه أنّ المحتال صدّق البائع والمشتري على أنّ العبد حرّ وادّعى أنّ الحوالة بغير الثمن، فقد حصل الاختلاف في صحّة الحوالة وفسادها، والأصل الصحّة، فيقدّم قوله بيمينه، لأنّ دعواه موافقة للأصل. وهو كلام جيّد متين جارٍ في جميع شقوق المسألة.

وعساك تقول: إنّه تقدّم غير مرّة أنّ أصل الصحّة لا يتمسّك به إلّا بعد تمام أركان العقد، والمشتري يدّعي فساده لعدم تمامية الأركان لأنّا نقول: إنّ هذا جاء بالأخرة، وإلّا فهو معترف بأنّه كان صحيحاً ظاهراً ثمّ انكشف فساده. فليتأمّل في ذلك جيّداً، إذ قد لا يكون ذلك مبنيّاً على ذلك.

واعترضه في «جامع المقاصد» بما حاصله: أنّ هذا يتمّ فيما إذا ادّعى المحتال الحوالة بدَينٍ آخر على المشتري، والمشتري مقرّ بأصل الدَين ولكنّه ينكر الحوالة به، أو ادّعى المحتال وقوعها على المشتري مع خلوّ الذمّة. أمّا الأوّل فلأنّه ليس في طرف المشتري أصل ولا ظاهر ومع المحتال أصل الصحّة. وأمّا أصل براءة ذمّة المحال عليه من دَين المحتال فقد قطعه أصل صحّة الحوالة الّتي اعترف بها، وبقي الاختلاف في الفساد موجباً لليمين على مَن ينكره. ومنه يعلم حال الثاني. قال: وأمّا إذا ادّعى الحوالة بدَينٍ آخر وأنكره المحال عليه فقد قيل: إنّه قد تعارض أصل

---

(١) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٠.

فإن أقاما بيّنة أنّ الحوالة بالثمن قُبلت، لأنّهما لم يكذّباها.

الصحّة وأصل البراءة. ويمكن أن يقال نمنع تعارض الأصلين، إذ لا يلزم من كون الحوالة بغير دَين في الذمّة فسادها بل هو أعمّ من الفساد لما عرفت من أنّ صحّة الحوالة لا تستلزم شغل الذمّة، فيبقى أصل البراءة بغير معارض فيقدّم قول المحال عليه بيمينه، وهذا متّجه، وهو خيرة التذكرة، انتهى[1].

ومعناه على ما اقتضاه تقسيمه: أنّ المحال إنّما يدّعي الحوالة بهذا الدَين الخاصّ والمحال عليه ينكر ذلك، فالأصل براءة ذمّته من هذا الدَين الخاصّ والحوالة به ولا ينكر الحوالة المطلقة ويقول إنّها فاسدة، لأنّ صحّة الحوالة لا تستلزم شغل الذمّة فلا معارض لأصل البراءة، فكانت الحوالة صحيحة والدَين غير ثابت فلا تعارض.

وفيه بعد الغضّ عمّا فيه أنّ مراد القائل بأصل البراءة أصل البراءة من وجوب الإعطاء والدفع إلى المحتال، لأنّه هو محلّ نظره وغاية قصده، وهذا يعارضه اعترافه بالسبب المقتضي لذلك وهو الحوالة، سواء كانت واردة على شغل ذمّة أو لا، فإنّ الأصل فيها الصحّة فيقطع أصل البراءة لوروده عليه قطعاً. فالمدار على وجوب الإعطاء وعدمه، لأنّه هو محل البحث. ثمّ إنّ ما حكاه عن التذكرة إنّما هو فيما إذا ادّعى البائع أنّ الحوالة على المشتري بدَينٍ آخر لا المحال عليه إلّا أن تقول: إنّه أراد في جامع المقاصد ذلك لكنّه يمنع منه تقسيمه، فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿فإن أقاما بيّنة أنّ الحوالة بالثمن قُبلت، لأنّهما لم يكذّباها﴾ كما في «المبسوط[2] والتحرير[3] والتذكرة[4] وجامع المقاصد[5]» ومعناه أنّه لو أقام

(١ و٥) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧.
(٢) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٥.

الثاني:لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادّعاهاالمحتال وادّعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل،لأنّه أعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالأصل من بقاء حقّ المحيل على المحال عليه وحقّ المحتال على المحيل،ويُحتمل تصديق المستحقّ لشهادة اللفظ له.

البائع أو المشتري أو أحدهما بيّنة بكون الحوالة إنّما هي بالثمن الّذي تضمّنه البيع، حيث ادّعى المحتال أنّ الحوالة بغيره فإنّها تُقبل كما تُسمع دعواهما بذلك، لأنّهما لم يكذّباها، فإنّ كون المبيع حرّاً لا يقتضي عدم وقوع الحوالة بما سمّي ثمناً في مقابله، غاية ما هناك أنّهما يدّعيان فساد الحوالة فتثبت بالبيّنة.

[فيما ادّعى المحتال أنّه حوالة والمحيل أنّه وكالة]

قوله: ﴿الثاني: لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادّعاها المحتال وادّعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل، لأنّهأعرف بلفظه وقصده واعتضادهبالأصل منبقاء حقّ المحيل على المُحال عليه وحقّ المحتال علىالمحيل، ويُحتمل تصديق المستحقّ لشهادة اللفظ له﴾ لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد، فإن كان قال له: أحلتك بالمائة الّتي لك عليّ على زيد فهذا لا يحتمل إلّا حقيقة الحوالة، فالقول قول مدّعيها قطعاً كما في «التذكرة[1] والتحرير[2]» وإن كان قال له: أحلتك بالدّين الّذي لي قبل زيد، أو: أحلتك بمائة على زيد فادّعى المحتال أنّ اللفظ الّذي صدر

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٧.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٣.

بينهما من لفظ الحوالة أُريد به الحوالة وادّعى المحيل قصد الوكالة بلفظ الحوالة فالّذي في «المبسوط» تقديم قول المحيل [١]. وقد قرّبه المصنّف هنا. وقد نسبه في «المسالك [٢]» إلى الشيخ وجماعة، ولم نعرفهم ولا وجدنا ناقلاً عنهم. وفي «الشرائع [٣] والكفاية [٤]» التردّد. وكذا «التذكرة [٥]» حيث لا ترجيح فيها. وفي «التحرير [٦] وجامع المقاصد [٧]» اختيار ترجيح قول المحتال، وهو الاحتمال المذكور في «الكتاب».

حجّة الشيخ ما ذكره المصنّف من أنّه أعرف بلفظه باعتبار استعماله في المعنى الحقيقي وغيره، وكذا هو أعرف بما قصده، إذ لا يعلم قصده إلّا من قِبله، وأنّ قوله معتضد بأصل بقاء حقّ المحيل على المحال عليه وأصل بقاء حقّ المحتال على المحيل.

واعترضه في «جامع المقاصد» بما نبّه عليه في «التذكرة» من أنّ اللفظ الواقع مجرّداً عن القرائن يجب حمله على حقيقته، لأنّ الواجب على المتكلّم نصب القرينة إذا أراد المجاز، فالتجرّد دليل إرادة الحقيقة، وإلّا لزم الإغراء بجهل المقصود، والأصل خلافه، فدعواه بعد ذلك مخالفة للأصل، على أنّ هذا لو قدح هنا لقدح في جميع الأبواب من بيع وصلح وإقرار ونكاح وغيرها، وأنّ الأصلين قد زالا بالحوالة الصادرة بينهما الّتي الأصل فيها الحقيقة والصحّة. ولو قدح هنا لقدح في البيع وغيره إذا وقع الخلاف بعد صدوره [٨]، انتهى.

وقد أجهد نفسه صاحب «المسالك» وأطال في ردّه وإصلاح كلام الشيخ

---

(١) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٥.

(٢) الموجود في المسالك هو نسبة الحكم إلى المحقّق والشيخ، فراجع مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٢٥.

(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ١١٤.

(٤) كفاية الأحكام: في الحوالة ج ١ ص ٥٩٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٧.

(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٢ ـ ٥٨٣.

(٧ و٨) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٨.

والمصنّف، فجوّز أن تكون الحوالة لفظاً مشتركاً بينها وبين الوكالة، إمّا لأنّ الوكالة تتحقّق في ضمن كلّ لفظ يدلّ على الإذن بطريق الحقيقة، والحوالة مؤدّية لذلك لأنّ معنى أحلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، أو لأنّ دلالتها على الإذن للمحتال حاصلة على التقديرين، وإنّما الكلام في المعنى الزائد على الإذن وهو تحويل الحقّ.

ثمّ استشعر بأنّ المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند إطلاقه هو المعنى المتعارف لها، ولا يفهم منه إرادة الوكالة إلّا بانضمام قرائن خارجية، فيدلّ على كونها حقيقة في معناها دون الوكالة. وأجاب بأنّ هذه العلامة لا تتمّ في المشترك.

قلت: وهو كذلك، لأنّه مع وجود قرينة تعيين أحد معانيه يتبادر الذهن إلى إرادته مع عدم كونه في الآخر لكنّ الشأن في إثبات الاشتراك، وما ذكره في إثباته لا يجدي.

ثمّ استشعر بأنّ الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص وإطلاقها على الوكالة إنّما هو بطريق اللغة والشرعية مقدّمة ويعضدها دلالة العرف، والقرينة مقدّمة. وأجاب بأنّ دلالتها على الوكالة أيضاً بطريق الشرع، لأنّ الوكالة شرعاً حقيقة في الإذن في التصرّف كيف اتّفق وبأيّ لفظٍ دلّ عليه وإن وافقها مع ذلك اللغة، وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح أحد معنيي المشترك، وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة.

ثمّ استشعر أنّ ذلك يستلزم كون الحوالة مشتركة والمجاز خير من الاشتراك، ثمّ أجاب بأنّ ذلك غير مجمع عليه، على أنّ ذلك إذا لم يثبت الاشتراك وقد أثبتناه، فيكون دعوى المحيل الوكالة خلاف الظاهر ودعوى المحتال الحوالة موافقة للظاهر، لكنّ هذا لا يندفع به الأصلان المتقدّمان، فيرجع الأمر إلى تعارض الأصل والظاهر، والأصل مقدّم[1]، انتهى كلامه مع اختصار فيه.

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٥.

ولو لم يقبض قُدّم قول المحيل قطعاً.

وفيه نظر من وجوه، منها: أنّ الحقيقة الشرعية ليست ثابتة في الحوالة ولاالوكالة كما أوضحناه في كتاب الرهن[1] وقد حرّر في فنّه. ومنها: أنّ الحقيقة الشرعية إنّما تقدّم على العرفية في كلام الشارع لا في كلام المتعاقدين. نعم لو عرفا اصطلاح الشارع وأوقعا العقد عليه كان المرجع اصطلاح الشارع لكن لا من جهة تقديمه على اصطلاحهما، بل من جهة تعيينه كما لو أوقعاه باصطلاح طائفة أُخرى. ومنها: أنّ ظاهر اللفظ يقطع الأصل ـ أصل براءة كان أو غيرها ـ كظاهر الشرع، وإذا ادّعى أنّه أقام قرينة وأنّه فَهِمَ منها مراده ونسي فالأُصول تنفي ذلك كلّه. نعم ظاهر الحال لا يقطع الأصل. وكيف كان، فتقديم قول المحتال أشبه بالأُصول المقرّرة والضوابط المحرّرة.

قوله: ﴿ولو لم يقبض قُدّم قول المحيل قطعاً﴾ كما في «الشرائع[2]» وقال في «جامع المقاصد»: إنّ هذا في غاية البُعد وما قطع به غير ظاهر[3]، لأنّ اختلافهما قبل القبض وبعده لا يجدي فيه فرقاً، لأنّ عقد الحوالة من العقود اللازمة، فإذا صحّ وحمل على الحقيقة تعيّن فيه الأداء إلى المحتال لأنّه صار ملكه. وقال في «المسالك» يمكن أن يكون قطع المحقّق من جهة ترجّح الأصل، لأنّه الغالب معتضداً بأصالة عدم ملك المحتال له بخلاف ما في يده[4]. وهو كما ترى.

ووجّه الفرق في «جامع المقاصد» بأنّ الحوالة استيفاء، والاستيفاء إنّما يثمر الملك بالقبض، فقبله لا يتحقّق الملك، فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٢٠ ـ ٢٢٢.

(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ١١٤.

(٣) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٩.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الحوالة ج ٤ ص ٢٢٦.

ولو انعكس الفرض قُدّم قول المحتال.

ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف. وردّه بأنّ نفس الحوالة استيفاء ومثمرة للملك وإن لم يحصل القبض حتى لو أراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البدل توقّف على رضا المحتال، وليس هو كالإيفاء بغير الحوالة فإنّ الملك فيه متوقّف على القبض، ومن ثمّ يجوز له الإبدال قبله[١].

قوله: ﴿ولو انعكس الفرض قُدّم قول المحتال﴾ كما في «الشرائع[٢]» وقال في «التذكرة»: ولو انعكس الفرض بعد اتّفاقهما على جريان لفظ الحوالة فقال المديون لزيد: أحلتك على عمرو، وقال القابض: بل وكلتني بقبض ما عليه وحقّي باقٍ عليك، وتظهر الفائدة عند إفلاس عمرو، فالوجهان في المسألة الأُولى على العكس. فكلّ من قال في المسألة الأُولى: القول قول مدّعي الوكالة قال هنا: القول قول مدّعي الحوالة وبالعكس[٣]. ونحوه ما في «التحرير[٤]». والمحقّق[٥] والمصنّف هنا قالا بتقديم قول المحتال بيمينه عملاً بأصالة بقاء الحقّين، والمديون يدّعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البيّنة.

وردّه في «جامع المقاصد» بأنّ الأصل في اللفظ الحقيقة والحمل على المجاز خلاف الأصل، والمحيل أعرف بلفظه وقصده، والأصل الّذي ادّعاه بالنسبة إلى الحقّين زال بالسبب الواقع بينهما. ومن هذا علم أنّ ما اختاره هنا أيضاً في غاية البُعد مع مخالفته لما سبق من مجيء الوجهين في المسألة الأُولى، فلا أقلّ من مجيئهما[٦].

قلت: يمكن حمل عبارة الكتاب والشرائع على ما إذا اتّفقا على جريان لفظ

(١ و٦) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٧٨ و٣٧٩.
(٢ و٥) شرائع الإسلام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ١١٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٩.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨٢.

ولو لم يتّفقا على جريان اللفظ بل قال المستحقّ: أحلتني، وقال المديون: وكّلتك في استيفاء دَيني صدّق المديون، فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بإنكاره الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لئلّا يضيع حقّه،

الوكالة أو ادّعاها المحتال وادّعى المحيل قصد الوكالة، وحينئذٍ فلا إشكال، لكنّه يدفعه التصريح في التذكرة في بيان العكس بما عرفت، وكذا التحرير فتأمّل.

قوله: ﴿ولو لم يتّفقا على جريان اللفظ بل قال المستحقّ:أحلتني، وقال المديون:وكّلتك في استيفاء دَيني صدّق المديون﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والمبسوط[3]» وفيه: أنّه لا خلاف فيه، لأنّ الأصل عدم الحوالة واستمرار حقّ القابض على المديون واستمرار حقّ المديون على الثالث، ولا يعارض أصل عدم الحوالة أصل عدم الوكالة.

وتظهر فائدة هذا فيما إذا كان الثمن باقياً وأراد الإبدال أو أراد التأخير للدفع إلى بلد الدّين إذا كانا في غيره ولم يشترط الأداء في غيره.

قوله: ﴿فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بإنكاره الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لئلّا يضيع حقّه﴾ أمّا انعزاله بإنكاره الوكالة فقد وافقه عليه في «جامع المقاصد[4]» وفيه تأمّل مع إصرار المديون على دعواها، بل احتمل في الأخير في باب الوكالة[5] أنّه لو عزل نفسه في حضرة الموكّل ولم يرض

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الحوالة ج ١٤ ص ٤٧٦.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.

(٣) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٥.

(٤) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٨٠.

(٥) المصدر السابق: في الوكالة ج ٨ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

ويُحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة.

أمّا لو قال المستحقّ: وكّلتني فقال: لا بل أحلتك صدّق منكر الحوالة باليمين،

الموكّل لم ينعزل، فتأمّل. وأمّا أنّ له مطالبة المديون بالمال الّذي له عليه فلئلّا يضيع حقّه، ولأنّ الحوالة إن كانت هي الواقعة في الواقع فقد ظلمه بدفعه عن ماله وملكه وأخذه منه، وإن كانت الوكالة هي الواقعة فلا ريب في بقاء حقّه عليه.

قوله: ﴿ويُحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة﴾ لأنّ الحوالة تتضمّن براءة المحيل فبدعواه إيّاها يكون قد اعترف ببراءة ذمّة المحيل فكيف يطالبه؟! وهذا الاحتمال ضعيف، لأنّه يزعم أنّه ظلمه بأخذ ماله كما عرفت. قال في «جامع المقاصد» بعد أن اختار أنّ له مطالبته هذا الحكم في الظاهر وفيما بينه وبين الله يعتمد ما يعلم أنّه الحقّ[1].

قلت: له مطالبته في الظاهر والواقع، لأنّه إن كان الّذي جرى بينهما عقد الوكالة فدعواه الحوالة لا تسقط حقّه في الواقع، لأنّها عقدٌ يحتاج في الإسقاط إلى إيجابٍ وقبولٍ ورضاً من الطرفين، وإن كان الّذي جرى عقد الحوالة فوجهه ظاهر ممّا تقدّم.

قوله: ﴿أمّا لو قال المستحقّ: وكّلتني فقال: لا بل أحلتك صدّق منكر الحوالة باليمين﴾ كما في «المبسوط[2] والتحرير[3]» لأنّ الأصل عدم الحوالة، والأصل بقاء الحقوق ومنكر الحوالة هنا المستحقّ وفيما قابله المديون، فلو قال: صدّق المستحقّ ليكون الاختلاف بينها وبين ما سبق في تصديق المديون وعدمه لكان أحسن.

---

(١) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٨١.

(٢) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٥٨١.

وليس للمستحقّ القبض، لأنّ إنكار الوكالة يتضمّن العزل، وإن كان قبض فالأقرب أنّه يتملّكه، لأنّه جنس حقّه وصاحبه يزعم أنّه ملّكه.

قوله: ﴿وليس للمستحقّ القبض، لأنّ إنكار الوكالة يتضمّن العزل﴾ أي لو كان وكيلاً، لكنّ المصنّف في باب الوكالة[1] تأمّل في كون إنكارها عزلاً. وقال في «جامع المقاصد» هناك: إنّه ليس عزلاً على الأصحّ[2].

قوله: ﴿وإن كان قبض فالأقرب أنّه يتملّكه، لأنّه جنس حقّه وصاحبه يزعم أنّه ملّكه﴾ فلا أقلّ من أن يكون ذلك إذناً في التملّك. قال الشهيد في «حواشيه»: قوله «يتملّكه» يحتمل معنيين، أحدهما: الملك القهري لزعم صاحبه ذلك وهو من جنس الحقّ، فهو في قوّة التعيين بجهةٍ مخصوصة من جهات القضاء، فعلى هذا لا يحتاج إلى أمرٍ آخر. الثاني: جواز الملك، ويتوقّف حقيقة الملك على أحد أمرين إمّا إنشاء المديون تعييناً كقوله: خذ ما في يدك، وإمّا مماطلته بدفع غيره فيختار أخذه قصاصاً، لكن على الأوّل يدخل في ملكه قهراً وعلى الثاني يتوقّف على الاختيار، فله ردّه والمطالبة بالبدل إلّا أن يشاء المديون تعيينها[3].

وقال في «جامع المقاصد»: عندي أنّ الثاني بعيد، إذ المتبادر من كلام المصنّف تملّكه من غير توقّف على شيءٍ آخر فإمّا أن يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين إن لم يكن أقوى فيملكه بالقبض على طريق القهر أو يجعل ادّعاء الحوالة المتضمّنة لبراءة ذمّته بحيث لا يستحقّ عليه المطالبة بعدُ مماطلةً، حيث إنّها أقوى من المماطلة، إذ منكر الدَين مماطل وزيادة، فيسوغ له الأخذ

---

(١) قواعد الأحكام: في الوكالة ج ٢ ص ٣٦٥.

(٢) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٨٤.

(٣) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٨٠ س ٩ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

وإن تلف احتُمل عدم الضمان، لأنّ الوكيل أمين، وثبوته لأنّ الأصل ضمان مال الغير في يد آخر، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان.

مقاصّة. ثمّ قال: وعلى كلّ حال فما قرّبه المصنّف هو المختار[1].

هذا وفي «المبسوط[2]»: «صرف إليه» في مكان «ملكه».

قوله: ﴿وإن تلف احتُمل عدم الضمان لأنّ الوكيل أمين، وثبوته لأنّ الأصل ضمان مال الغير في يد آخر، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان﴾ يريد أنّ المستحقّ الّذي قبض المال وحلف على نفي الحوالة ثمّ إنّ المال تلف في يده فإنّه يحتمل عدم ضمانه له، لأنّه وكيلٌ ثبتت وكالته بحلفه على نفي حوالته، لأنّ الحال دائر باعترافهما بين الحوالة والوكالة، فإذا بطلت إحداهما تعيّنت الأُخرى. فإذا ثبت أنّه وكيل وهي الصغرى ثبتت الكبرى وهي كلّ وكيل أمين فلا يضمن. وهو خيرة «المبسوط[3]». ويحتمل ثبوت الضمان، لأنّ الأصل ضمان مال الغير، ولا يلزم من تصديق المستحقّ في نفي الحوالة بيمينه تصديقه في إثبات الوكالة، لأنّه قد تقرّر عندهم أنّ اليمين لنفي شيءٍ لا تكون لإثبات شيءٍ آخر، كما لو أقرّ الوكيل بالبيع وقبض الثمن بهما وأنكر الموكّل القبض فإنّ الوكيل يحلف لاستئمانه، فلو خرج المبيع مستحقّاً ورجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت وكالته به عنده لم يرجع الوكيل على الموكّل، لأنّ اليمين كانت لدفع الغرم لا لإثبات المال على الموكّل، فالقول الآن قول الموكّل بيمينه. وقد قوّى المحقّق الثاني[4] الاحتمال الثاني وضعّف الأوّل.

(١ و ٤) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٨٢.

(٢ و ٣) المبسوط: في أحكام الحوالة ج ٢ ص ٣١٦.

الثالث: لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحّة وإن كان حالاً.

وفصّل الشهيد فقال: يضمن إن كان المقبوض من جنس الحقّ[1].

[في ما شرط في الحوالة القبض بعد مدّة]

قوله: ﴿الثالث: لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالأقرب الصحّة وإن كان حالاً﴾ أي وإن كان الحقّ المشروط قبضه حالاً كما في «التحرير[2] والإيضاح[3] وجامع المقاصد[4] والتذكرة» وظاهر الأخير الإجماع عليه، قال: لو كان الدَّينان حالّين فشرط في الحوالة أنّ المحتال يقبض حقّه أو بعضه بعد شهر صحّ عندنا، خلافاً لأحمد لعموم قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[5] ولأنّ مبنى الحوالة على الإرفاق، وهذا مناسب لمقتضى العقد[6].

وتوجيه الصحّة في «الإيضاح» بكون الشرط سائغاً، يريد به أنّه غير منافٍ لمقتضى العقد، فليس في معنى المصادرة.

ووجه غير الأقرب أنّ الحوالة إنّما هي لما عليه وهو حالّ. وفيه: أنّ حلوله لا ينافي اشتراط الأجل.

وأقسام المسألة بالنسبة إلى الحلول والتأجيل أربعة، وعليها إمّا أن يتجانس

---

(١) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٨٠ س ٨ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٦.

(٣) إيضاح الفوائد: في الحوالة ج ٢ ص ٩٧.

(٤) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٨٣.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٥٩.

الرابع: لو أحال البريء على مشغول الذمّة فهي وكالة تثبت فيها أحكامها،

الحتّان أو لا، وعلى التجانس إمّا أن يكون ربويّين أو لا، ومضروب الثلاثة في الأربعة اثنا عشر.

والحاصل: أنّه مع التأجيل فيهما وتوافق الأجلين تصحّ الحوالة قطعاً كما في «التذكرة[1]». قلت: ولا بحث فيها عند مَن يجعلها اعتياضاً، وأمّا عند مَن جعلها استيفاءً فلم تحصل حقيقته هنا إلّا أن يقول بصدقه بمجرّد الانتقال وإن تأخّر القبض وإن اختلفا في التأجيل صحّت عندنا أيضاً كما في «التذكرة[2]». قلت: إن كان الحقّ المحال به حالّاً والمحال عليه مؤجّلاً مع اتّفاق الجنس فعلى الاعتياض يحتمل البطلان ومع اختلافه يصحّ، وكذلك الحال في العكس. ولو كانا حالّين متّفقي الجنس فشرطا الأجل، فعلى المعاوضة يحتمل البطلان وعلى الاستيفاء ما تقدّم. وإن كانا غير ربويّين فعلى المعاوضة يصحّ وعلى الاستيفاء ما تقدّم. وهناك أقسام اُخر بالنسبة إلى تساوي أجلَي الحقّين واختلافهما، والبحث فيهما ما تقدّم[3].

فرع كثير الوقوع، وهو: أنّه لو شرط المحتال الرجوع على المحيل مع تعذّر الاستيفاء فالوجه بطلان الشرط، وفي بطلان الحوالة حينئذٍ إشكال كما في «التحرير[4]» وكذا «التذكرة[5]» ولعلّ الأصحّ بطلان الشرط والعقد.

[في إحالة الفارغ على مشغول الذمّة]

قوله: ﴿لو أحال البريء على مشغول الذمّة فهي وكالة تثبت فيها

(١ و٢ و٥) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٥٨ و٤٦١.

(٣) تقدّم في ص ٥٥٣ ـ ٥٥٤.

(٤) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٩.

وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود، وهو استحقاق المطالبة.

ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراضٌ،

أحكامها﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» ومعناه أنّه لو قال صاحب الدّين لمن لا دين له عليه: قد أحلتك بالدّين الّذي لي على فلان كان ذلك وكالة عبّر عنها بلفظ الحوالة، فلو مات المحيل بطلت وكان لورثته المطالبة بالمال، وكذا لو جنّ كان للحاكم المطالبة بالمال.

قوله: ﴿وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود، وهو استحقاق المطالبة﴾ أي جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود من الوكالة، فيكون حينئذٍ العقد بالمجاز، ولا يمتنع ذلك خصوصاً في العقد الجائز، ولا ريب أنّهما لا يشتركان في المقصود من الحوالة.

[في إحالة المشغولة ذمّته على البريء]

قوله: ﴿ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراضٌ﴾ أي أحال مشغول الذمّة على البريء بلفظ الحوالة، فإن شرطنا شغل ذمّة المحال عليه في الحوالة ولم يكن المحال عليه مشغول الذمّة كما هو المفروض كان ذلك اقتراضاً، ولا يكون حوالة لفقد شرطها، ولا ضماناً لعدم لفظه، ولأنّه لو جعل ضماناً لم يكن الشغل شرطاً ويرجع الفرع على أصله بالإبطال، فعلى هذا يكون الصادر من المحيل استدعاء الاقتراض، إذ لا أقرب إلى الحوالة حينئذٍ من معنى الاقتراض، ويكون الصادر من المحال عليه قبوله، ولا يلزم القبول إذ لا يجب الوفاء بالوعد. وإن لم

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٨٨. (٢) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٧٧.

(٣) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٨٣.

فإن قبض المحتال رجع على المحيل، وإن أبرأه لم يصحّ، لأنّه إبراءٌ لمن لا دَين عليه، وإن قبض منه ثمّ وهبه إيّاه رجع المُحال عليه على المحيل لأنّه غرّم عنه. ولو أحال من لا دَين له عليه فهي وكالة في الاقتراض.

نشترط الشغل كان حوالة على البريء كما تقدّم[١].

وفي «جامع المقاصد» أنّ انعكاس الفرض أن يحيل بلفظ الوكالة، وهو كما ترى لا حاصل له، على أنّه قال بعد ذلك: إنّه اقتراض بلفظ الحوالة مجازاً[٢]. وفي «حواشي الشهيد[٣]» وإن لم نشترط الشغل فهو ضمان، وجاز بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود منه، فليفهم. وقوله «فهو اقتراض» يجوز أن يحمل على استدعاء القرض وعلى المال المدفوع إلى المحتال.

قوله: ﴿فإن قبض المحتال رجع على المحيل﴾ أي رجع المحال عليه وهو المقرض على المحيل وهو المقترض. وبه صرّح في «التحرير[٤] وجامع المقاصد[٥]» لأنّه قرض.

قوله: ﴿وإن أبرأه لم يصحّ، لأنّه إبراءٌ لمن لا دَين له عليه﴾ كما في «التحرير[٦] وجامع المقاصد[٧]» ووجهه ظاهر، لأنّه لا دَين له عليه إذ المطلوب منه الإقراض فكان الإبراء لغواً.

قوله: ﴿وإن قبض منه ثمّ وهبه إيّاه رجع المُحال عليه على المحيل لأنّه غرّم عنه﴾ وإنّما عاد المال إليه بعقد مستأنف كما في «التذكرة[٨] والتحرير[٩]».

---

(١) تقدّم في ص ٥٠٤ ـ ٥٠٧.

(٢ و٥ و٧) جامع المقاصد: في الحوالة ج ٥ ص ٣٨٤.

(٣) الحاشية النجّارية: في الحوالة ص ٨٠ س ١٦ مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤ و٦ و٩) تحرير الأحكام: في الحوالة ج ٢ ص ٥٨٠ و٥٧٧.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الحوالة ج ١٤ ص ٤٤٧.

الفصل الثالث: في الكفالة

وهي عقدٌ شُرّع للتعهّد بالنفس.

﴿الفصل الثالث: في الكفالة﴾

[في معنى الكفالة وتعريفها]

الكفالة ـ بالفتح ـ عقد صحيح عند عامّة أهل العلم كما في «التذكرة[1]» وهي ثابتة بالكتاب والسنّة أيضاً، قال الله تعالى: ﴿قال لن أُرسله معكم حتّى تؤتونِ موثقاً من الله لتأتُنَّني به﴾[2] فطلب يعقوب من بنيه كفيلاً ببدن يوسف عليه السلام، وقال تعالى: ﴿فخذ أحدنا مكانه﴾[3] وذلك كفالة بالبدن، فتأمّل. وهي مكروهة كراهية شديدة كما هو المستفاد من الأخبار[4] الكثيرة.

قوله: ﴿وهي عقدٌ شُرّع للتعهّد بالنفس﴾ قد طفحت بذلك عباراتهم[5] أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له.

ويصحّ دخول الخيار فيه مدّة معيّنة خلافاً «للتحرير[6]» بل كلّ شرط لا ينافيها. وتصحّ فيه المعاطاة. ولعلّها تلزم في بعض الفروض.

ويشترط فيه الإيجاب ك: كفلت لك ببدن فلان، ونحوه ك: ضمنت لك إحضاره، أو: التزمت بإحضاره وأنا كفيل، والقبول على الفور، وكونهما بالعربية من كاملين

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٨٧.

(٢ و٣) يوسف: ٦٦ و٧٨.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب أحكام الضمان ج ١٣ ص ١٥٤.

(٥) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الكفالة ج ٩ ص ٣١٤، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥١، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الكفالة ج ٢١ ص ٦٢.

(٦) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له،

كما صرّح به جماعة [1] لأنّه عقدٌ لازم.

وفي «جامع المقاصد» أنّه سيأتي أنّه يصحّ التكفيل بالأعيان المضمونة فلا يتناولها هذا التعريف [2]. قلت: إنّما يأتي له صحّة ضمانها لا كفالتها، لكن قال في «التحرير»: هي التعهّد بالنفس غالباً [3]. ولعلّه أشار إلى ما سنذكره [4] عند قول المصنّف بصحّة كفالة بدن الصبيّ والمجنون من أنّه تصحّ الكفالة ببدن الدابّة إذا جنت على آدمي أو أتلفت مالاً بتفريط صاحبها، لإقامة الشهادة على صورتها، بل قلنا بصحّة كفالة الكتاب ونحوه لإقامة الشهادة على صورته، وقد يكون أشار إلى ما سنذكره في كفالة العبد الآبق [5].

وقال فخر الإسلام: الكفالة في مذهبنا إنّما تصحّ بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حقّ شرعي، والحقّ أعمّ من أن يكون ديناً أو عيناً. وقيل: كلّ مَن يستحقّ إحضاره إلى مجلس الشرع فإنّه تصحّ كفالته، فعلى الأخير ـ وهو الصحيح ـ تصحّ الكفالة بمجرّد الدعوى دون الأوّل [6].

[في اعتبار رضا الكفيل والمكفول له]

قوله: ﴿ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له﴾ بلا خلاف كما في

---

(١) منهم العلّامة في التذكرة: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٩١، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٥، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥١.

(٢) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٤.

(٣) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

(٤ و٥) سيأتي في ص ٥٧٣ ـ ٥٧٥.

(٦) شرح الإرشاد للنيلي: في الكفالة ص ٥٦ ـ ٥٧ السطر الأخير (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

دون المكفول،

«المفاتيح[١] والرياض[٢]» ولا نعلم خلافاً في اشتراط رضا الكفيل. وكذا يعتبر رضا المكفول له كما في «التـذكرة[٣]» وقد حكى الإجماع عنها عليهما جماعة[٤]. ولعلّه لأنّهم فهموا منها نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر. قلت: أمّا اشتراط رضا الكفيل فظاهر كما في «مجمع البرهان[٥]» لأنّ إثبات حقّ على شخص لا على وجه يثبت كونه قهريّاً يتوقّف على رضاه. وأمّا اشتراط رضا المكفول له فلأنّ إثـبات حقّ له على شخص من دون رضاه باطل.

قوله: ﴿دون المكفول﴾ عند علمائنا كما في «التذكرة[٦]». وهو المشهور بين علمائنا وغيرهم كما في «المسالك[٧]» والمشهور كما في «مجمع البرهان[٨] والكفاية[٩] والمفاتيح[١٠]» ونسبه إلى باقي علمائنا في «المختلف» بعد أن نسب الخلاف إلى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن إدريس[١١]. والحاصل: أنّه لا خلاف إلّا من هؤلاء. نعم قوّاه في «التحرير[١٢]».

(١ و١٠) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الكفالة ج ٣ ص ١٥٠.

(٢) رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٥٩٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٢.

(٤) منهم السيّدعلي في رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٥٩٨، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣١٥، والشيخ البحراني في الحدائق الناضرة: في الكفالة ج ٢١ ص ٦٣.

(٥ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣١٥ و٣١٦.

(٦) تذكرة الفقهاء: في بيان ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٣.

(٧) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٤.

(٩) كفاية الأحكام: في شروط الكفالة ج ١ ص ٥٩٨.

(١١) مختلف الشيعة: في شروط الكفالة ج ٦ ص ١٢.

(١٢) تحريرالأحكام: في شروط الكفالة ج ٢ ص ٥٦٧.

حجّة المشهور ـ بعد ما سمعت مضافاً إلى الأصل والعموم ـ أنّ غاية الكفالة هي إحضار المكفول حيث يطلب، ومن المعلوم أنّه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل، ولا يشترط إذن الموكّل عليه في التوكيل، وإنّما قالوا: إنّه بمنزلة الوكيل، لأنّه لا يجب عليه الإحضار ولا يجب على المكفول الحضور ما لم يطلبه المكفول له كما ستعرف[١] الحال في ذلك كلّه.

وحجّة الشيخ[٢] وموافقيه أنّه إذا لم يأذن بها أو لم يرض لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكّن من إحضاره فلا تصحّ كفالته، لأنّها كفالة بغير المقدور. وهذا بخلاف الضمان، لإمكان وفاء دَينه من مال غيره بغير إذنه، ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور، مضافاً إلى الأصل.

وردّ بأنّ مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه، وهو ممنوع، لأنّ المستحقّ متى طلبه وجب عليه الحضور وإن لم يكن مكفولاً إجماعاً كما في «المسالك[٣]» وفائدة الكفالة راجعة إلى التزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له، فإن طلبه منه لم يقصّر عن وكيله، وإن لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور وإن كان برضاه. وسيأتي[٤] في كلام المصنّف أنّه لا يجب عليه الحضور مع التبرّع وعدم طلب المكفول له. ومعنى التبرّع أن يكفله من دون إذنٍ منه. واحتمل المحقّق الثاني أنّه يجب عليه الحضور مع التبرّع، لأنّ التكفيل يقتضي التسليط على الإحضار[٥]. وفيه نظر ظاهر، لكن قد يؤيّده أنّه قد يريد السفر البعيد بحيث لا يتمكّنان منه أو مع المشقّة الشديدة، فإذا لم يجز للكفيل منعه ولا يجب عليه الحضور إذا لم يطلبه منه

(١ و ٤) سيأتي في ص ٦٢٥ ـ ٦٢٧.
(٢) المبسوط: في الكفالة ج ٢ ص ٣٣٧.
(٣) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٥.
(٥) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٥.

وتعيين المكفول،

يلزم منه الضرر العظيم على الكفيل، فإذا لم يجوّزوا هذا الضرر فالتسليط غير بعيد، بل ينبغي القول باشتراط رضاه كما هو واضح إلّا أن تقول: إنّه هو الّذي أوقع نفسه في هذا الضرر، على أنّهم لا يجوّزون لصاحب الدَين منع المديون من السفر البعيد إذا كان دَينه مؤجّلاً ولو حلّ بعد ذلك بزمنٍ قليلٍ جدّاً، فتأمّل جيّداً.

هذا، وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس على حدّ رضا الأخيرين من وجوب المقارنة بل يكفي كيف اتّفق كما مرّ نظيره. وبه صرّح جماعة [1].

[في اشتراط تعيين المكفول]

قوله: ﴿وتعيين المكفول﴾ كما في «الشرائع [2] والتذكرة [3] والتحرير [4] والإرشاد [5] وجامع المقاصد [6] والمسالك [7]» بل فيه أنّه لا خلاف فيه، وقد يظهر من الباقين عدم اعتباره خصوصاً ابن حمزة في «الوسيلة [8]» لذكره لها شروطاً خمسة غيره، ولعلّ تركه لظهوره كالكمال.

---

(١) منهم الفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الكفالة ج ٣ ص ١٥١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٥، والسيّدعلي في رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٥٩٨ ـ ٥٩٩.

(٢) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٤.

(٤) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.

(٥) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(٦) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٥.

(٧) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٦.

(٨) الوسيلة: في الكفالة ص ٢٨١.

فلو قال: كفلت أحدهما أو زيداً فإن لم آت به فعمرو (فبعمرو ـ خ ل) أو بزيدٍ أو عمرو بطلت، وتنجيز الكفالة، فلو قال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصحّ على إشكال،

وفي «مجمع البرهان[1]» أنّ دليله غير واضح، وأنّ الّذي يظهر له جواز الترديد إذا كان المردّد فيهم كلّهم غرماء للمكفول له. قلت: لعلّ دليله أنّها على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، ولا نسلّم أنّه كان متداولاً في زمن الصدور لما فيه من الضرر والإبهام وكمال الغرر للمتعاقدين بالاعتبارات، فتدبّر.

قوله: ﴿فلو قال: كفلت أحدهما أو زيداً فإن لم آت به فعمرو أو بزيد أو عمرو بطلت﴾ ونحو ذلك ما في «الشرائع[2]» وما ذكر معها آنفاً لاشتراك الثلاثة في أنّه لا يعلم المكفول بعينه. ويزيد الثاني بالتعليق، وشرطها التنجيز، وستسمع الحال في التنجيز.

[في اشتراط التنجيز في الكفالة]

قوله: ﴿وتنجيز الكفالة﴾ فلو قال: إن جئت به فأنا كفيل لم يصحّ على إشكال، لم يرجّح أحد وجهيه في «الإيضاح[3] والحواشي[4]». والمولى الأردبيلي[5] لم يعتبره إذا حصل الشرط.

(١ و ٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شروط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣١٧.

(٢) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٦.

(٣) حسب ما لدينا من النسخة المطبوعة من الإيضاح، فقد رجّح عدم الصحّة صريحاً، فإنّه بعد أن ذكر عن الشيخ أبي‌جعفر في مبسوطه القول بعدم جواز التعليق وأوضح دليله قال: وهو الأصحّ عندي، فراجع إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ٩٨.

(٤) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه وأمّا غيرها من حواشيه فلا يوجد لدينا.

ولو قال: أنا أُحضره أو: أؤدّي ما عليه لم يكن كفالة.
وتصحّ حالّة ومؤجّلة،

وفي «المبسوط[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣]» وكذا «التذكرة[٤]» اعتبار هذا الشرط. قال في «المبسوط»: لا يجوز تعليق الكفالة بشرط. قلت: لعدم جواز مثله في مثلها، لأنّ التعليق يقتضي عدم الجزم بالكفالة، ولأنّ أثر السبب يجب أن يترتّب على وقوعه وإلّا لم يكن صحيحاً، ومع التعليق يمتنع ذلك، ولأنّ المعلّق عليه يمتنع أن يكون جزء السبب وإلّا لوجب كونه معه، مع أنّ تراخي القبول ممنوع فكيف باقي الأجزاء؟ فإذا امتنع ذلك امتنع اعتباره في العقد، فيجب تأثيره بدون المعلّق عليه، والتعليق ينافيه لكونه مقصوداً. فلم يبق إلّا بطلان العقد، كذا حرّره في «جامع المقاصد[٥]» ونحوه ما في «الإيضاح[٦]» لكن عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[٧] يهدم ذلك كلّه. نعم إن كانت شهرةٌ على اعتبار هذا الشرط كانت شاهدة على عدم تداولها في زمن الصدور بدونه، فالإشكال في محلّه.

قوله: ﴿ولو قال: أنا أُحضره أو: أؤدّي ما عليه لم يكن كفالة﴾ لأنّه وعد وليس بالتزام، مضافاً إلى الأصل، وقد تقدّم مثله في الضمان[٨].

[في صحّة الكفالة حالّة ومؤجّلة]

قوله: ﴿وتصحّ حالّة ومؤجّلة﴾ أمّا صحّتها مؤجّلة فموضع وفاق كما في

---

(١) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩. (٢) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.
(٣ و ٥) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٦.
(٤) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٤.
(٦) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ٩٨. (٧) المائدة: ١.
(٨) تقدّم الكلام في ذلك في ص ٣٥٢ ـ ٣٥٩.

«الروضة[1]» وكأنّه لا خلاف فيه كما في «مجمع البرهان[2]».

والتأجيل كأن يقول: كفلته إلى شهر مثلاً فيلزمه إحضاره بعد انقضاء الشهر ولم يكن له مطالبته به قبله، أمّا لو قال: كفلته شهراً ـ بمعنى أنّي آتيك به في ضمن الشهر فيكون الشهر ظرفاً لإحضاره ـ فإنّه يصحّ إذا كان المراد أنّه يحضره متى شاء المكفول له في مدّة الشهر كما في «التحرير[3]». قلت: كما هو الشأن بعد حلول الأجل فإنّه يجب عليه إحضاره متى شاء المكفول له. وقد سمّاها في «التحرير[4]» موقّتة والأُولى مؤجّلة وأمّا إذا كفله كذلك ـ أي شهراً ـ على أن يحضره متى شاء الكفيل فإنّها لا تصحّ، لمكان الجهالة والغرر، فالشأن فيه كالشأن في تأجيله بغير الوقت المنضبط، وقد قالوا[5] بمثله في السلم.

وأمّا صحّتها حالّة ـ بمعنى أنّه لا يشترط الأجل ـ فهو خيرة «المبسوط[6] والسرائر[7] والشرائع[8] والتحرير[9] والتذكرة[10] والإرشاد[11] والمختلف[12] واللمعة[13] وجامع المقاصد[14] وإيضاح النافع والمسالك[15] والروضة[16] ومجمع البرهان[17]»

(١ و١٦) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥١.

(٢ و١٧) مجمع الفائدة والبرهان: في شروط الكفالة ج ٩ ص ٣١٨.

(٣ و٤ و٩) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩ و٥٦٦.

(٥) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في السلم ج ٢ ص ٤٢٦، والسيّد علي في رياض المسائل: في السلف ج ٨ ص ٤٤٥، والبحراني في الحدائق الناضرة: في أحكام السلف ج ٢٠ ص ٢٣.

(٦) المبسوط: في الكفالة ج ٢ ص ٣٣٧. (٧) السرائر: في أحكام كفالة الأبدان ج ٢ ص ٧٧.

(٨) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٥.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٨٩.

(١١) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(١٢) مختلف الشيعة: في الكفالة ج ٦ ص ١٢.

(١٣) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.

(١٤) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٦.

(١٥) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٥.

وكذا «الكفاية[١]» وهو مذهب أكثر علمائنا كما في «التذكرة[٢]» والمشهور كما في «مجمع البرهان[٣] والكفاية[٤]» وهو حقّ اليقين كما في «السرائر[٥]» وهذه ممّن لا يعمل إلّا بالقطعيّات تجري مجرى الإجماع.

وظاهر المفيد[٦] والشيخ في «النهاية[٧]» وأبي جعفر في «الوسيلة[٨]» وسلّار في «المراسم[٩]» أنّها لا تصحّ حالّة. وهو المحكي[١٠] عن القاضي في أحد قوليه. وبه جزم «كاشف الرموز[١١]» وحكاه عن التقيّ. وهذه عبارة الشيخين: لا يصحّ ضمان مالٍ ولا نفسٍ إلّا بأجل. وظاهر «النافع[١٢] والتبصرة[١٣] والمفاتيح[١٤]» التردّد حيث اقتصر فيها على ذِكر القولين. وفي «السرائر[١٥] والتحرير[١٦] والتذكرة[١٧]» أنّه إذا كفل مطلقاً كانت صحيحة وكانت حالّة. وفي «السرائر» أنّه حقّ اليقين.

حجّة المشهور العمومات وأصل عدم الاشتراط، مضافاً إلى ما في «السرائر».

وفي «الرياض» أنّ حجّة الشيخ والجماعة غير واضحة ولا مذكورة في كتب

(١ و٤) كفاية الأحكام: في الكفالة ج ١ ص ٥٩٩.
(٢ و١٧) تذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٨٩.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شروط الكفالة ج ٩ ص ٣١٨.
(٥ و١٥) السرائر: في أحكام كفالة الأبدان ج ٢ ص ٧٧.
(٦) المقنعة: في الضمان والكفالات ... ص ٨١٥.
(٧) النهاية: في الكفالات ... ص ٣١٥.
(٨) الوسيلة: في بيان الكفالة ص ٢٨١.
(٩) المراسم: في أحكام الضمانات والكفالات ... ص ٢٠٠.
(١٠) الحاكي عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الكفالة ج ٦ ص ١٢.
(١١) كشف الرموز: في الكفالة ج ١ ص ٥٦٠.
(١٢) المختصر النافع: في الكفالة ص ١٤٣.
(١٣) تبصرة المتعلّمين: في الكفالة ص ١١٦.
(١٤) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الكفالة ج ٣ ص ١٥١.
(١٦) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

على كلّ مَن يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجةٍ يدّعي الغريم زوجيّتها،

الجماعة عدا القياس على الضمان[1]. قلت: يمكن أن يحتجّ لهم بأنّ الكفالة لابدّ لها من فائدة، فلو شرّعت حالّة لكانت خالية من فائدة، إذ للمكفول له أن يطالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تربّص وذلك يكون عبثاً كما في «كشف الرموز[2]» قلت: لكنّه لا يكون عبثاً في بعض الموارد، سلّمنا لكن أقصاه أن لا تكون لازمة، فتكون صحيحة غير لازمة، فإذا رضي بالتأخير لزمت كما يأتي[3] مثله في كفالة المدّعى عليه حقّاً إذا رضي بالتأخير، وفي كفالة بدن المحبوس، إذ لا فائدة فيه. فليلحظ ذلك مع تأمّل ورويّة.

وليعلم أنّه على المشهور من أنّها تصحّ حالّة ومؤجّلة لا فرق بين كون الحقّ حالاً أو مؤجّلاً لكنّه في الثاني يشترط رضا المكفول.

[في صحّة الكفالة على مَن عليه الحضور عند الحاكم]

قوله: ﴿على كلّ مَن يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجةٍ يدّعي الغريم زوجيّتها﴾ أي فيجب بالكفالة السعي في إحضارها، فلو لم يحضرها حبس لا غير كما سيأتي في كفالة بدن الميّت والصبيّ والمجنون[4]. ولبعض العامّة من الشافعية[5] قول بالمنع بناءً على أنّ الكفيل يغرم ما على المكفول لو لم يردّ، وهو

(١) رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٥٩٩.
(٢) كشف الرموز: في الكفالة ج ١ ص ٥٦٠ ـ ٥٦١.
(٣) سيأتي في ص ٥٧٣.
(٤) سيأتي في ص ٥٧٣ ـ ٥٧٤ و ٥٧٩.
(٥) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٩٦.

أو كفيلٍ يدّعي عليه الكفالة، أو صبيّ أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف،

متعذّر هنا. وهذا ضابطٌ ذكره في «التذكرة» قال: والضابط في ذلك أن نقول: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكلّ مَن يلزمه حضور مجلس الحاكم عند الاستعداد[1] يستحقّ إحضاره بحقّ الكفالة ببدنه. وعليه* نبّه في «المبسوط[2]».

قوله: ﴿أو كفيلٍ يدّعي عليه الكفالة﴾ كما في «التذكرة[3]» أي وإن لم تقم البيّنة عليه بالكفالة كما سيأتي[4] مثله، لأنّ المنكر يجب عليه فصل الخصومة، فإذا رضي بتأخّرها صحّت الكفالة وإن كانت الكفالة في نفسها ليست لازمة إذا طلب الفصل في الحال، وكذا الحال في غريمٍ يدّعي عليه المال كما سيأتي[5] التنبيه عليه. ولعلّه أولى بالذِكر هنا. ولعلّه أراد التنبيه على الخفي، وهو صحّة كفالة الكفيل أي المدّعي عليه الكفالة.

قوله: ﴿أو صبيّ أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف﴾ أي لإقامة الشهادة على صورتهما في الإتلاف وغيره، لأنّه ربّما لم

---

* ـ أي الضابط.

---

(١) النسخ في ضبط هذه الكلمة مختلفة، ففي النسخة المصحّحة من المفتاح أي ما صحّحه الأمين العاملي ﷺ «الاستعداد» على ما تراها وفي التذكرة الرحليّة: ج ٢ ص ١٠٠ س ٤٠ ضبطت: «الاستعداء» وفي نسخة اُخرى من مفتاح الكرامة الخطّية ضبطت: «الاستدعاء» إلّا أنّ من المقطوع به أنّ الأوّل غلط فإنّه لا معنى له يناسب العبارة. وأمّا الثاني والثالث فلكلّ واحد منهما وجه، من جهة أنّ تأسيس مجلس الحكم تارةً يكون باستدعاء الكفيل أو المكفول له أو المكفول فيصحّ الاستدعاء، واُخرى يكون من جهة وجود العداوة والمخاصمة الحاصلة من الاختلاف. ولكن الأنسب بل الأصح هو الثاني، فراجع وتأمّل.

(٢) المبسوط: في الكفالة ج ٢ ص ٣٣٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠٠.

(٤ و ٥) سيأتي الأوّل في ص ٥٧٩ والثاني في ص ٥٧٥.

وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر مَن حبسه ثمّ يعيده إلى الحبس،

يكن الشاهدان بحيث يمكنهما تمييزهما بدون الإحضار. فإن كان كفل بإذن وليّهما فله مطالبة وليّهما بإحضارهما عند الحاجة، وإن كفل بغير إذنه فهي كالكفالة ببدن العاقل بغير إذنه، وقد تقدّم جوازه [1]. ولو لم يحضرهما حبس لا غير على الظاهر، لعدم ثبوت الحقّ حينئذٍ. وينقدح من هذا أنّه يصحّ كفالة الدابّة إذا أتلفت شيئاً أو جنت على آدمي بتفريط صاحبها لإقامة الشهادة على صورتها بل تصحّ كفالة الكتاب إذا وقعت الخصومة على صورته لإقامة الشهادة عليها، ويكون هذا من كفالة الأعيان، فليلحظ ذلك.

قوله: ﴿وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر مَن حبسه ثمّ يعيده إلى الحبس﴾ أي تجوز الكفالة به لأنّ تسليمه ممكن بأمر مَن حبسه ثمّ يعيده إلى الحبس إن أراد، فهو معطوف على «كلّ مَن يجب» لا على «زوجة». وظاهره أن لا فرق في ذلك بين كون الحبس ظلماً أو بحقّ، وبه جزم في «جامع المقاصد [2]» وقال الشهيد [3]: يمكن تسليمه بغير أمره، إذ لا ضرر على مَن حبسه. قلت: يبقى الكلام في تصوير فائدة الكفالة. وفي «التذكرة» تصحّ الكفالة ببدن الغائب والمحبوس وإن تعذّر تحصيل الغرض في الحال كما يجوز من المعسر ضمان المال [4]. وهو لعلّه غير ما في الكتاب كما هو الظاهر.

والمانع من صحّة كفالة المحبوس والغائب أبو حنيفة [5]. ولعلّه لعدم ظهور الفائدة بناءً على ما في الكتاب، أو لعدم الفائدة في الحال بناءً على ما في التذكرة ويجمعهما عدم إمكان التسليم أو التسليم المفيد.

---

(١) تقدّم في ص ٥٦٦.

(٢) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٧.

(٣) لم نعثر عليه في مظانه.

(٤) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠١.

(٥) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٩٧، والشرح الكبير: ج ٥ ص ٩٩.

أو عبدٍ آبقٍ أو مَن عليه حقّ لآدميّ من مالٍ أو عقوبة قصاص.

قوله: ﴿أو عبدٍ آبق﴾ أي لو تكفّل ببدن عبدٍ آبق لمالكه صحّ، ويلزمه السعي في ردّه. ويأتي فيه ما قيل في كفالة الزوجة، كذا قال في «التذكرة[1]». وفسّر العبارة في «الحواشي[2]» بما إذا كان العبد معتاد الإباق فيكفله شخص لمولاه فإنّه يصحّ. وهو معنى صحيح، ولعلّ هذا من كفالة الأموال.

قوله: ﴿أو مَن عليه حقّ لآدميّ من مالٍ أو عقوبة قصاص﴾ إذا كان عليه عقوبة فإن كانت من حقوق الله تعالى كحدّ الزنا والسرقة والشرب لم تصحّ الكفالة ببدنه عليها عند علمائنا أجمع كما في «التذكرة[3]» لأنّ الكفالة للتوثيق، وحقوق الله سبحانه مبنيّة على الإسقاط، وينبغي السعي في دفعها ما أمكن كما عرض رسول الله صلى الله عليه وآله[4] لماعز بالرجوع والإنكار، ولما ستسمع[5].

وإن كانت العقوبة من حقوق الآدميّين كالقصاص والقذف فقد قرّب في «التذكرة[6]» ثبوتها في القصاص، والأولى الجزم به كالكتاب، لأنّ الحقّ للمقتصّ وله تعجيله وتأخيره. وجزم بأنّ الحدّ لا تصحّ الكفالة به ونسبه إلى أكثر العلماء، واستدلّ بما روي من طريق الخاصّة والعامّة من أنّه لا كفالة في حدّ[7]. قلت: ولأنّه لا تأخير في حدّ. وهذا غير مَن يدّعى عليه الحدّ في حقوق الناس فإنّه تصحّ الكفالة ببدنه لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدّعي حقّه عليه بالبيّنة والإقرار.

(١ و٣ و٦) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٩ و٣٩٦.

(٢) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا، ونقل العبارة المحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٧.

(٤) المستدرك على الصحيحين: ج ٤ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٥) سيأتي في الصفحة الآتية.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب أحكام الضمان ح ١ و٢ ج ١٣ ص ١٦١، والمغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٩٧.

ولا يُشترط العلم بقدر المال فإنّ الكفالة بالبدن لا به.
ولا تصحّ على حدّ الله تعالى.
والأقرب صحّة كفالة المكاتب

[في عدم اشتراط العلم بقدر المال]

قوله: ﴿ولا يُشترط العلم بقدر المال فإنّ الكفالة بالبدن لا به﴾ والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض يعرض كعدم إحضاره المكفول، بل لو غرّمناه لو لم يحضر المكفول فوجوبه بذلك لا بالكفالة، وقد جوّزوا ضمان المجهول مع أنّه التزام بالمال ابتداءً، فالكفالة الّتي لا تعلّق لها بالمال أولى. وعن بعض الشافعية[1] عدم صحّة كفالة مَن عليه حقّ مجهول، لأنّه قد يتعذّر إحضار المكفول فيلزمه الدّين، ولا يمكن طلبه منه لجهله، وبنوه على أنّه لو مات غرم الكفيل ما عليه، وهذا عندنا غير صحيح. والحكم المذكور مصرّح به في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]» وكذا «التحرير[4]».

قوله: ﴿ولا تصحّ على حدّ الله تعالى﴾ كما عرفته فيما سلف[5].

[في صحّة كفالة المكاتب وعدمها]

قوله: ﴿والأقرب صحّة كفالة المكاتب﴾ كما في «التذكرة[6] والتحرير[7] والإيضاح[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10]» بل ظاهر «التذكرة[11]» الإجماع عليه. وتردّد في «الشرائع[12]» ومنع ذلك الشيخ في «المبسوط[13]» والقاضي فيما

(١) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٩٦.
(٢ و٦) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٥.
(٣ و٩) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٨.
(٤ و٧) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٧.
(٥) تقدّم آنفاً في ص ٥٧٥.
(٨) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ٩٩.
(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٣.
(١١) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٥.
(١٢) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٧.
(١٣) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٤٠.

ومَن في يده مال مضمون كالغصب والمستام، وضمان عين المغصوب والمستام ليردّها على مالكها،

حكي[1] عنه بناءً على أنّ له تعجيز نفسه.

حجّة الأوّلين أنّه إمّا عبد أو مديون، والأوّل أدخل في استحقاق الإحضار، والثاني ظاهر، وأنّه يصحّ ضمانه فصحّة كفالته أولى. وقد تقدّم غير مرّة أن ليس له تعجيز نفسه. ومحلّ النزاع المكاتب المشروط وإن أطلقوا الكلمة كما في «المسالك[2]».

قوله: ﴿ومَن في يده مال مضمون كالغصب والمستام﴾ قال في «التذكرة[3]»: ومَن في يده مال مضمون كالغصب والمستام والعارية بشرط الضمان تصحّ كفالته فيكون في حيّز الأقرب هنا. وقضية إطلاقهما ـ أي الكتاب والتذكرة ـ أنّه لا فرق في صحّة كفالته بين قولنا بصحّة ضمان الأعيان المضمونة وعدمه، أمّا على الأوّل فلا بحث في صحّة الكفالة. وأمّا على الثاني فلأنّ عليه حقّاً وهو الردّ فيدخل تحت الضابط.

ووجه غير الأقرب ـ وهو عدم صحّة كفالته ـ أنّ الّذي عليه ليس هو الأعيان لتؤخذ منه عند عدم الإحضار لو قلنا يغرم، إذ المفروض عدم صحّة ضمانها، وهو كما ترى ضعيف جدّاً، إذ لا يلزم من عدم صحّة ضمانها عدم كفالة مَن هي بيده، فيجب عليه إحضاره ليردّها فكانت ككفالة الزوجة.

[في صحّة كفالة من في يده مال مغصوب]

قوله: ﴿وضمان عين المغصوب والمستام ليردّها على مالكها﴾[4]

---

(١) حكاه عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٨.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٩.

(٤) العبارة كما ترى بظاهرها غير مناسبة للمقام إلّا أنّه يمكن في توجيهها أن يقال: إنّ المراد من قوله «ومَن في يده ...» هو جواز الكفالة عمّن في يده عين مغصوبة، ومن قوله: «وضمان عين ...» بيان علة صحّة الكفالة دفعاً للإيراد الوارد الّذي نبّه عليه الشارح وهو أنّ الكفالة ←

فإن ردّ برئ من الضمان، وإن تلفت ففي إلزامه بالقيمة وجهان، الأقرب العدم كموت المكفول، دون الوديعة والأمانة.

أي الأقرب صحّة ضمانها ليردّها. وبه جزم في «التذكرة[1]» هنا. وقد تقدّم الكلام فيه بما لا مزيد عليه في باب الضمان[2]. واحتمال أن يراد من العبارة صحّة كفالة عين المغصوب والمستام بعيد جداً، لأنّ شرطها التعهّد بالنفس، وعلى ما صوّرناه آنفاً لا وجه لتخصيصها بالذكر، فتأمّل، وقد يكون من باب كفالة العبد الآبق.

قوله: ﴿فإن ردّ برئ من الضمان، وإن تلفت ففي إلزامه بالقيمة وجهان، الأقرب العدم كموت المكفول﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[3]» ولعلّه إنّما أعاده في الكتابين ليبيّن ما قرّبه هنا، وإلّا فقد تقدّم[4] أنّ معنى ضمانها ردّها مع البقاء والقيمة مع التلف، وهنا قرّب عدم إلزامه بالقيمة مع التلف، لأنّ الواجب الردّ، لأنّ الضمان إنّما كان له، فإذا تعذّر بالتلف لم يجب شيء آخر، كما لو مات المكفول.

هذا ولو قلنا بالصحّة كفالة اتّجه الثاني، لكنّ القول به بعيدٌ كما في «جامع المقاصد[5]».

قوله: ﴿دون الوديعة والأمانة﴾ يعني لا يصحّ ضمان الوديعة والأمانة كما تقدّم بيانه في باب الضمان[6] مسبغاً. هذا وفي «التذكرة» تصحّ كفالة المستودع

← متعلّقة بالبدن والمقام من باب ضمان المال وأمّا الدفع فهو أنّ الكفالة في الظاهر في المقام وإن تعلّقت بالمال إلّا أنها في الواقع متعلّقة ببدن المضمون عنه لأجل أن يردّ العين المغصوبة إلى مالكها فالكفالة في الحقيقة وقعت عن البدن وإن وقعت في الظاهر عن المال. ويمكن أن يكون لفظ «ضمان» صحّف أو حرّف أو بدّل عن لفظ كفالة غلطاً وسهواً ويمكن ان المسألة إنّما جاء بها الناسخ الأوّل غفلةً فأتبعه غيره، فتأمّل.

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٣٩٩.

(٢ و٤) تقدّم في ص ٤١٠ ـ ٤١٣.

(٥) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٩.

(٦) تقدّم في ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩ ولا يخفى عليك أنّه‌ لم يسبغ البحث في هذا الفرع في الضمان وإنّما تعرض له على حدّ الاختصار، فراجع وتأمّل.

وتصحّ كفالة مَن ادّعي عليه وإن لم تقم البيّنة بالدَين وإن جحد لاستحقاق الحضور عليه، والكفالة ببدن الميّت، إذ قد يستحقّ إحضاره لأداء الشهادة على صورته.

والأمين لوجوب ردّ الوديعة عليه[1] وهو مقام آخر.

[في صحّة كفالة مَن ادّعى عليه بالدَين]

قوله: ﴿وتصحّ كفالة مَن ادّعي عليه وإن لم تقم البيّنة بالدَين وإن جحد لاستحقاق الحضور عليه﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة» قال: والأصل فيه أنّ المنكر يجب عليه فصل الخصومة فإذا رضي بتأخيرها صحّت الكفالة، وإن كانت الكفالة في نفسها غير لازمة إذا طلب الفصل في الحال[2]. وهو الّذي نقله قطب الدين عن إملاء المصنّف، حكاه[3] عنه الشهيد والإتيان بـ«إن» الوصليّة لأنّه أخفى من السكوت، ولو لم يحضره لا يغرم لعدم ثبوت الحقّ حينئذٍ.

[في صحّة الكفالة عن بدن الميّت]

قوله: ﴿والكفالة ببدن الميّت، إذ قد يستحقّ إحضاره لأداء الشهادة على صورته﴾ كما في «التذكرة[4]» في أثناء كلامٍ له و«الحواشي[5] وجامع المقاصد[6]» وذلك حيث يكون الشاهد تحمّل الشهادة على صورته، فيستوفي من ماله ما أتلفه نفساً أو مالاً. فلو مات معسراً فهل لا يجب إحضاره لعدم الفائدة أو يجب؟ استظهر الشهيد الوجوب ليعطى من الزكاة أو بيت المال ما يجب عليه[7]. وظاهرهم

(١ و٢ و٤) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠٠ و٣٩٩.

(٣ و٥ و٧) الحاشية النجّارية: في الكفالة ص ٨٠ و٨١ س ١٨ و١ ـ ٣ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٦) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٩.

والإطلاق يقتضي التعجيل، فإن شرطا أجلاً وجب ضبطه،

أنّه لافرق بين أن يكون دُفن أم لا ما لم تتغيّر صورته، فلعلّه مستثنى من تحريم النبش. ولم يبيّنوا لنا ما إذا لم يحضره ولعلّهم يقولون بعدم غرامته لعدم ثبوت الحقّ بعد كما تقدّم[1] مثله.

[في أنّ مقتضى الإطلاق التعجيل]

قوله: ﴿والإطلاق يقتضي التعجيل﴾ كما في «المبسوط[2] والسرائر[3] والشرائع[4] والإرشاد[5] والتحرير[6]» وغيرها[7]. وفي «مجمع البرهان[8]» كأنّه لا نزاع فيه، وقد سمعت[9] ما في «السرائر» أنّه حقّ اليقين.

ووجهه أنّه ينصرف إلى أنّه كفيل الآن، لأنّ ذلك هو المتبادر منه، لأن كان مقتضى الإطلاق عرفاً كما هو الشأن في سائر العقود. ويبقى الكلام في صحّتها حالّة، وقد تقدّم[10] الكلام فيه.

قوله: ﴿فإن شرطا أجلاً وجب ضبطه﴾ إجماعاً كما في «المسالك[11] ومجمع البرهان[12] والمفاتيح[13]» وبه صرّح في «الوسيلة[14] والشرائع[15] والنافع[16] والتحرير[17] والإرشاد[18]» وغيرها[19] لاستلزام الجهل به الغرر المنهيّ عنه في الشريعة

(١) تقدّم في ص ٥٧٥.
(٢) المبسوط: في الكفالة ج ٢ ص ٣٣٧.
(٣) السرائر: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٧٧.
(٤ و ١٥) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٥.
(٥ و ١٨) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.
(٦ و ١٧) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.
(٧) كتذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٨٩.
(٨ و ١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣١٩.
(٩) تقدّم في ص ٥٧١.
(١٠) تقدّم في ص ٥٦٩ ـ ٥٧٢.
(١١) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٥.
(١٣) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الكفالة ج ٣ ص ١٥١.
(١٤) الوسيلة: في الكفالة ص ٢٨١.
(١٦) المختصر النافع: في الكفالة ص ١٤٣.
(١٩) كرياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٥٩٩.

والتسليم الكامل في بلد العقد، ولو عيّن غيره لزم.

وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحالّ مع التعجيل والإطلاق

في المجهول مطلقاً وغير المضبوط بحيث يقبل الزيادة والنقيصة كإدراك الغلّات ومجيء القوافل. واكتفى بعض العامّة[1] بالأجل المجهول، لاشتمالها على التبرّع، فيتسامح فيه كالعارية، وهو قياس مع الفارق، لأنّها غير لازمة، فلا يقدح فيها الأجل المجهول، لجواز المطالبة بالمستعار في الأجل وإن كان معلوماً. ولا يشبه هذا ضمان المجهول الّذي يمكن استعلامه.

قوله: ﴿والتسليم الكامل في بلد العقد﴾ أي والتسليم الكامل لا يكون إلّا في بلد العقد. وسيأتي ما يعلم منه التسليم الكامل. ويحتمل أن يكون معطوفاً على الفاعل حتّى يصير التقدير وجب التسليم الكامل، والأحسن أن يكون معطوفاً على التعجيل كما قيل مثله في السلم والقرض وغيرهما. وهو الموافق للواقع كما ستسمع. وإذا أطلق الكفالة ولم يعيّن موضع التسليم وجب تسليمه في بلد العقد كما في «المبسوط[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] وجامع المقاصد[5]» لانصراف الإطلاق إليه، ولو شرط كان آكد.

قوله: ﴿ولو عيّن غيره لزم﴾ كما في «التحرير[6] وجامع المقاصد[7]» للزوم الوفاء بالشرط.

[في مطالبة المكفول له الكفيل بالمكفول]

قوله: ﴿وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحالّ مع

---

(١) المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ١٠٠. (٢) المبسوط: في الكفالة ج ٢ ص ٣٣٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠١.
(٤ و٦) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٨ و٥٦٧.
(٥ و٧) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

وعند الأجل في المؤجّلة.

ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تامّاً في المكان الّذي شرطه، أو في بلد الكفالة لو أطلق، أراده المستحقّ أو كَرِهَهُ،

التعجيل والإطلاق﴾ الوجه فيه ظاهر. وبه صرّح في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3]» وكذا «التذكرة[4]» ولعلّ «أو» أولى من «الواو».

قوله: ﴿وعند الأجل في المؤجّلة﴾ أي بعد الأجل كما في «الشرائع[5]» وهو قضية ما في «المبسوط[6] والسرائر[7] والتذكرة[8] والتحرير[9]».

[فيما يخرج به الكفيل عن العهدة]

قوله: ﴿ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تامّاً في المكان الّذي شرطه أو في بلد الكفالة لو أطلق، أراده المستحقّ أو كَرِهَهُ﴾ أمّا خروجه عن العهدة بتسليمه تامّاً فقد صرّح به في «الشرائع[10] والتذكرة[11] والإرشاد[12] واللمعة[13]» وغيرها[14] ممّا تأخّر، وهو المعلوم من كلام مَن تقدّم.

والمراد بالتسليم التامّ كما هو حاصل ما في «التذكرة[15] والمسالك[16]

---

(١) المبسوط: في الكفالة ج ٢ ص ٣٣٧. (٢) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٥.

(٣) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٠٩.

(٥ و١٠) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٥. (٦) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٧.

(٧) السرائر: في أحكام كفالة الأبدان ج ٢ ص ٧٨.

(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٠٩.

(٩) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٨.

(١١ و١٥) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠٣.

(١٢) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣. (١٣) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.

(١٤ و١٦) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٦.

والروضة[1]» وغيرها[2] أن يكون في الوقت والمكان المعينين إن عيّناهما في العقد أو في بلد العقد مع الإطلاق وفي أيّ وقتٍ شاء مع الحلول مطلقاً، ولا يكون للمكفول له مانع من تسلّمه بأن لا يكون في يد ظالم ولا متغلّب يمنعه منه ولا في حبسه ولا في موضعٍ لا يتمكّن من وضع يده عليه لقوّة المكفول وضعف المكفول له ونحو ذلك، قالوا: فإذا سلّمه كذلك برئ، لأنّه أتى بما وجب عليه.

وظاهرهم أنّه يجب عليه قبوله كما هو صريح «المبسوط[3] والتذكرة[4]» وظاهر «الكتاب» حيث قال: «أراده أو كرهه» واستشكل فيه في «التحرير[5]».

واختلفوا فيما إذا لم يتسلّمه، ففي «المبسوط[6] والسرائر[7]» إذا لم يقبل أشهد عليه رجلين أنّه سلّمه إليه وامتنع. وفي «التذكرة[8] والمسالك[9] والروضة[10]» أنّه إن امتنع سلّمه إلى الحاكم وبرئ، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره له وامتناعه من قبضه لكن في الأوّلين ـ أعني «التذكرة والمسالك» ـ أنّ الأقوى الاكتفاء بالإشهاد وإن قدر على الحاكم، لأنّه مع وجود صاحب الحقّ لا يلزمه دفعه إلى مَن ينوب عنه من حاكمٍ وغيره. واستوجهه في «جامع المقاصد[11]». وفي «التحرير[12]» أنّه إن امتنع من تسلّمه برئ الكفيل على إشكال ولا يفتقر إلى إشهاد ولا إذن الحاكم، انتهى.

قلت: أمّا وجوب التسليم إلى الحاكم فلا دليل عليه، لأنّ له تأخير إحضاره إلى أن يطالبه. وأمّا جواز دفعه إلى الحاكم ووجوب قبوله عليه فهو الموافق لأُصول

---

(١) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٢.

(٢) كالحدائق الناضرة: في أنّ للمكفول مطالبة الكفيل ... ج ٢١ ص ٦٥.

(٣ و٦) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٧.

(٤ و٨) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠٣.

(٥ و١٢) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٧ ـ ٥٦٨.

(٧) السرائر: في أحكام كفالة الأبدان ج ٢ ص ٧٨.

(٩) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٦.

(١٠) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٢. (١١) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٠.

المذهب، وقد قالوا في باب الدّين والسلم والنسيئة: إنّه إن امتنع قبضه الحاكم صرّح بذلك في «المبسوط [١] والتذكرة [٢] والتحرير [٣] والدروس [٤] واللمعة [٥]». وفي «الشرائع [٦]» وغيرها [٧] قبضه الحاكم إن سأله. وفي «المختلف [٨]» وغيره [٩] التصريح بوجوب دفعه ـ أي الدّين ـ إلى الحاكم. ومنع في «السرائر [١٠]» وغيرها [١١] من إجبار الحاكم المستحقّ على قبضه ـ أي الدين ـ لكن جماعة هناك كالمفيد [١٢] والديلمي [١٣] وابن حمزة [١٤] والمحقّق في النافع [١٥] لم يتعرّضوا للحاكم أصلاً، قالوا: بل يكون من ضمان صاحب الدّين إذا عيّنه له ومكّنه منه ولم يقبضه، ووافقهم عليه جماعة [١٦] لما ذكره هنا في «التذكرة» كما سمعت.

هذا وقد قال هناك جماعة [١٧]: إنّه حيث يقبضه الحاكم يخلّي بينه وبينه،

---

(١) المبسوط: في السلم، في امتناع ذي الحقّ من أخذه ... ج ٢ ص ١٩٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام القرض ج ١٣ ص ٢٤.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام السلم ج ٢ ص ٤٣.

(٤) الدروس الشرعية: في السلم ج ٣ ص ٢٥٩، وفي النسيئة ص ٢٠٥.

(٥) اللمعة الدمشقية: في النسيئة ص ١٣١. (٦) شرائع الإسلام: في أحكام السلف ج ٢ ص ٦٥.

(٧) كمسالك الأفهام: في أحكام بيع السلف ج ٣ ص ٤٢٥.

(٨) مختلف الشيعة: في النقد والنسيئة ج ٥ ص ١٢٨.

(٩) ككفاية الأحكام: في أحكام السلف ج ١ ص ٥٢٤.

(١٠) السرائر: في النقد والنسيئة ج ٢ ص ٢٨٨.

(١١) كجامع المقاصد: في السلف ج ٤ ص ٢٤٨.

(١٢) المقنعة في النقد والنسيئة ص ٥٩٥ ـ ٥٩٦.

(١٣) المراسم: في البيع بالنسيئة ص ١٧٤. (١٤) الوسيلة: في بيع الأعيان المرئيّة ص ٢٣٩.

(١٥) المختصر النافع: في النقد والنسيئة ص ١٢٣.

(١٦) إرشاد الأذهان: في النقد والنسيئة ج ١ ص ٣٧٠، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في النقد والنسيئة ج ٨ ص ٣٣٥، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في النقد والنسيئة ج ٨ ص ٢٢٠.

(١٧) لم نعثر على هذه الجماعة إلّا على الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام بيع السلف ج ٣ ص ٤٢٥.

ويموت المكفول

وآخرون[١] إنّه يحفظه له في بيت المال، وحيث يقبضه هنا. فالّذي ينبغي أن يقال: إنّه يحضره ويقول له: هذا غريمك فإمّا أن تطالبه بحقّك من مالٍ ونحوه وإلّا خلّيت سبيله.

وأمّا الإشهاد فكذلك ـ أي لا يجب ـ إن كان المراد شرطيّته، وإن كان المراد إسقاط مطالبته مرّة ثانية حتّى لا يؤخذ بـه في ظاهر الشرع أو ظلماً في نفس الأمر فلامانع منه، لأنّه إرشاد، وقد نبّه على ذلك الشهيد[٢] في باب الدّين، ولم يتعرّض له سواه هناك.

قوله: ﴿ويموت المكفول﴾ أي يخرج عن العهدة بموت المكفول، فإنّه إذا مات بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا كما في «التذكرة[٣]» وعليه الإجماع في «الغنية[٤]» وبالحكم صرّح في «المبسوط[٥]» وغيره[٦]. وفي «التنقيح[٧]» أنّه المشهور ونفى عنه الخلاف في «الرياض[٨]» لأنّه تكفّل ببدنه على أن يحضره وقد فات بالموت، ولأنّه قد سقط المحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل، ولأنّ المتبادر من الكفالة إنّما هو الإحضار في حال الحياة، وهو المتعارف بين الناس، فيحمل الإطلاق عليه. ويبقى الكلام فيما إذا حضر الأجل فطلبه فماطل في إحضاره مع تمكّنه منه حتّى مات.

---

(١) منهم الشيخ في المبسوط: في السلم ج ٢ ص ١٩٠، والحلّي في السرائر: في النقد والنسيئة ج ٢ ص ٢٨٨.

(٢) الدروس الشرعية: في الدّين ج ٣ ص ٣١١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في بيان من يصحّ كفالته ج ١٤ ص ٤٠٧.

(٤) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٢.

(٥) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٨.

(٦) كاللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٧، وتحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٠.

(٧) التنقيح الرائع: في الكفالة ج ٢ ص ١٩٨.

(٨) رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٦٠٥.

في غير الشهادة على عينه، أو فيها بعد الدفن إن حرّمنا النبش لأخذ المال، وبتسليمه نفسه تسليماً تامّاً

قوله: ﴿في غير الشهادة على عينه﴾ يريد أنّ الخروج عن العهدة بموته إنّما هو في غير الشهادة على صورته وعينه لدلالة ذلك على عدم الاختصاص بحال الحياة.

قوله: ﴿أو فيها بعد الدفن إن حرّمنا النبش لأخذ المال﴾ يريد أنّ هذا إذا لم يُدفن، فإن دُفن وحرّمنا النبش لأخذ المال لم يُنبش هنا أيضاً فيخرج عن العهدة بدفنه. وفي «جامع المقاصد» أنّه يشكل بأنّ نبش الميّت للشهادة على عينه من الاُمور المستثناة بالاستقلال غير متفرّعة على جواز النبش لأخذ المال، فلا يلزم من تحريم النبش ثمّ تحريمه هنا، وقد سبق في أحكام الجنائز جواز النبش لكلّ منهما فلا يبرأ بدونه. نعم لو علم تغيّر صورته بحيث لا يعرف برئ الكفيل حينئذٍ[1].

قوله: ﴿وبتسليمه نفسه تسليماً تامّاً﴾ كما في «التحرير[2]» لأنّ المقصود ردّه إلى المكفول فلا فرق بين حصوله في يده بالكفيل أو بنفسه. وهو خيرة «مجمع البرهان[3] والتذكرة[4]» في أوّل كلامه. وقيّده في «المبسوط[5] وجامع المقاصد[6]» وموضع من «التذكرة[7]» بما إذا سلّمه نفسه عن جهة الكفيل كأن يقول: سلّمت إليك نفسي عن جهة الكفيل، قال في «المبسوط[8]»: لأنّه يكون نائباً عن الكفيل بهذا التسليم والنيابة صحيحة. وفي «التذكرة[9] وجامع المقاصد[10]» أنّه لو لم يسلّم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل، لأنّه لم يسلّمه إليه ولا أحد من جهته، لكنّه في الأوّل قال: الوجه ما قلناه أوّلاً.

(١ و٦ و١٠) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٠ و٣٩١.

(٢) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٠.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شروط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢٦.

(٤ و٧ و٩) تذكرة الفقهاء: في بيان من يصحّ كفالته ج ١٤ ص ٤٠٥.

(٥ و٨) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٨ و٣٣٩.

وبإبراء المستحقّ لأحدهما.

وكيف كان، فظاهرهم أنّه يجب عليه القبول لو سلّم المكفول نفسه، ولعلّه لوجوب التسليم على كلٍّ منهما فاشتركا في ذلك، فمتى أدّاه أحدهما برئ الآخر، ولا يضرّ كون الوجوب على المكفول في الكفالة تبعاً للوجوب على الكفيل، ولا معنى للوجوب عليهما إلّا وجوب القبول عليه، فتأمّل.

وفي «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» أنّه لو سلّمه أجنبي لا عن الكفيل لم يبرأ الكفيل، وإن سلّمه عن جهة الكفيل، فإن كان بإذنه فهو كما لو سلّمه بنفسه، إذ لا يشترط المباشرة، وإن كان بغير إذنه لم يجب على المكفول له القبول، لأنّه لا يجب عليه قبض الحقّ إلّا ممّن عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل، ولا يبعُد كما في «مجمع البرهان[3]» أنّه لو سلّمه الأجنبي لا عنه ـ أي الكفيل ـ أنّه يبرأ.

قوله: ﴿وبإبراء المستحقّ لأحدهما﴾ إذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة كأن يقول: أبرأته برئ. ويبقى الكلام في تعلّق الإبراء بمثل ذلك، والظاهر تعلّقه بذلك ونحوه من الحقوق كما سنشير إليه في باب الصلح[4]. وكذا إذا اعترف بالبراءة كأن يقول: أبرأته أو برئ إليّ، أو بالردّ كأن يقول: ردّ إليّ المكفول به، وإذا أبرأ المكفول به من الحقّ الّذي كفّله الكفيل عليه برئ الكفيل أيضاً كما في «المبسوط[5] والتذكرة[6]» لسقوط الحقّ المقتضي لبطلان الكفالة.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠٥.
(٢) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩١.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شروط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢٧.
(٤) سيأتي نظير هذا البحث في الفصل الثالث من المجلّد السابع ـ الطبعة الرحلية ـ في التنازع في مسألة ما لو صالح أجنبيّ عن المنكر، فراجع.
(٥) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٢٣٨.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٧.

ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبة مانعة، ولا بتسليمه قبل الأجل أو في غير المكان المشترط وإن انتفى فيهما الضرر على رأي،

قوله: ﴿ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبة مانعة﴾ كما في «الشرائع [١]» وغيرها [٢]. ووجهه ظاهر، وقد تقدّم [٣].

قوله: ﴿ولا بتسليمه قبل الأجل أو في غير المكان المشترط وإن انتفى فيهما الضرر على رأي﴾ هو خيرة «الشرائع [٤] والتذكرة [٥] والمختلف [٦] والإيضاح [٧] والحواشي [٨] وجامع المقاصد [٩]» وخيرة «التحرير [١٠]» في الأجل لأنّه تعرّض فيه له، لأنّه غير التسليم الواجب، إذ لم يجب بعد فلا يعتدّ به ولا يجب قبوله. وخالف فيهما الشيخ في «المبسوط [١١]» والقاضي [١٢]. قال في «المبسوط»: إذا لم يكن ضرر لزمه تسلّمه قبل الأجل وفي غير المكان. وهو قول لبعض العامّة حكاه في «التذكرة [١٣]» وقد تقدّم لهم في باب القرض [١٤] ما له نفعٌ تامٌّ في المقام ويشهد لكلام الشيخ.

(١ و ٤) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٦ و١١٧.

(٢) كمسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٤٧.

(٣) تقدّم في ص ٥٨٣.

(٥ و ١٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٠.

(٦) مختلف الشيعة: في الكفالة ج٦ ص١٣. (٧) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج٢ ص ٩٩ ـ ١٠٠.

(٨) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إلى الشهيد وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٩) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩١.

(١٠) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٨.

(١١) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٢٣٨.

(١٢) لم نعثر عليه في كتاب المهذّب للقاضي، وحكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الكفالة ج ٦ ص ١٣.

(١٤) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٠١ ـ ٢١٢.

ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم.

ويلزم الكفيل اتّباعه في غَيبته إن عرف مكانه. وينظر في إحضاره بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به، ولو كانت مؤجّلة أُخّر بعد الحلول بقدر ذلك.

قوله: ﴿ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]» للفرق بين الحبسين، لأنّ الحاكم لا يمنعه من إحضاره ومطالبته بحقّه بخلاف الظالم. فإذا طالب ـ أي المكفول له ـ الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما، فإذا فرغت الحكومة ردّه إلى الحبس بالحقّ الأوّل. ولو توجّه عليه حقّ للمكفول له يوجب الحبس حبسه بهما وتوقّف على تخليصه منهما كما في «التذكرة[8]» وغيرها[9]. ولو كان المكفول له قادراً على تسلّمه تامّاً في حبس الظالم فقد يجرونه مجرى المحبوس، وقد لا يجرونه كما تقدّم[10] مثله فيما إذا سلّم نفسه أو تسلّمه، وعلى الأوّل يكون إطلاق كلامهم مبنيّاً على الغالب من تعذّر تسلّمه تامّاً كذلك.

[في وظيفة الكفيل لو غاب المكفول]

قوله: ﴿ويلزم الكفيل اتّباعه في غَيبته إن عرف مكانه، وينظر في إحضاره بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به، ولو كانت مؤجّلة

---

(١) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٢٣٨. (٢) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٦.

(٣ و ٨) تذكرة الفقهاء: في ما يشترط في الكفيل والمكفول ... ج ١٤ ص ٤٠٤.

(٤) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٨. (٥) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(٦) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٢.

(٧ و ٩) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٤٧.

(١٠) تقدّم في ص ٥٨٧.

ولو امتنع الكفيل من إحضاره حُبس حتّى يحضره أو يؤدّي ما عليه،

أُخّر بعد الحلول بقدر ذلك» كما ذكر جميع ذلك في «المبسوط[1] والتذكرة[2] والمسالك[3] ومجمع البرهان[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والإرشاد[7]» لكن لم يذكر في الثلاثة الأخيرة التقييد بمعرفة مكانه، لكنّه مراد فيها قطعاً.

وبذلك كلّه قال عامّة أهل العلم كما في «التذكرة[8]» وقال: إنّما يجب عليه إحضار الغائب عند إمكان ذلك، فإن كان غائباً غَيبةً منقطعة كأن لايعرف موضعه وينقطع خبره لم يكلّف الكفيل إحضاره لعدم الإمكان أي لأنّه تكليف ما لايطاق ولا شيء عليه، لأنّه لم يكفل المال. ونحوذلك ما في «المسالك[9] ومجمع البرهان[10]» وهو ظاهر الباقين.

ولا فرق في الغائب المعلوم محلّه بين التجاوز لمسافة القصر وغيره كما في «التذكرة[11] والمسالك[12]» والمخالف بعض الشافعية[13].

[فيما لو امتنع الكفيل من إحضار المكفول]

قوله: «ولو امتنع الكفيل من إحضاره حبس حتّى يحضره أو

---

(١) المبسوط: في من لا يصحّ ضمانه ج ٢ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٢ و٨ و١١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٠٩ و٤١٠.

(٣ و٩ و١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٤ و١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢٧.

(٥) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٦.

(٦) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٨.

(٧) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(١٣) فتح العزيز: ج ١٠ ص ٣٧٧ ـ ٣٧٨، والسراج الوهّاج: ج ٢ ص ٢٠٥.

يؤدّي ما عليه﴾ كما في «النهاية[١] والسرائر[٢] والشرائع[٣] والنافع[٤] والتحرير[٥] والإرشاد[٦] واللمعة[٧] والروضة[٨]».

وظاهر هذه الكتب أنّه إذا أدّى ما عليه وجب على المكفول له القبول ويبرأ الكفيل بذلك. وفي «التذكرة[٩] وجامع المقاصد[١٠]» أنّه إذا لم يرض بدفع المال وطلب إحضاره ألزمه الحاكم بإحضاره. وفي «المسالك[١١] والمفاتيح[١٢] والرياض[١٣]» أنّه أقوى. وفي «الروضة[١٤]» أنّه قويّ. وفي «مجمع البرهان[١٥]» أنّه ليس ببعيد. والظاهر أنّه لا خلاف بينهم في جواز الاكتفاء عن الإحضار بأداء ما عليه إذا رضي به المكفول له، وإنّما الخلاف فيما إذا لم يرض.

حجّة الأوّلين أنّ الغرض حاصل فكان كما لو أدّى دَين الغريم أجنبي. نعم إن قيل هناك بعدم وجوب القبول أمكن هنا، بل لعلّه ـ أي احتمال الوجوب ـ هنا أقوى، لأنّه يريد الخلاص من الكفالة والظاهر أنّ المكفول له قد انعقد ضميره على ذلك من

---

(١) النهاية: في الكفالات والضمانات والحوالات ص ٣١٥.
(٢) السرائر: في أحكام كفالة الأبدان ج ٢ ص ٧٧.
(٣) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٥.
(٤) المختصر النافع: في الكفالة ص ١٤٣.
(٥) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.
(٦) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.
(٨) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٢ ـ ١٥٣.
(٩) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١١.
(١٠) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٣.
(١١) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٧.
(١٢) مفاتيح الشرائع: في أحكام الكفالة ج ٣ ص ١٥٢.
(١٣) رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٦٠١.
(١٤) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٣.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شروط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢١.

حين الكفالة، لأنّ الظاهر أنّ مقتضاها لزوم المال إن لم يحضره، فإلزامه بالإحضار تكليف وإضرار، وقد يكون لاغرض له إلّا اللجاج إلّا أن تقول: إنّه إذا علم منه ذلك لم يجب، فتأمّل، مضافاً إلى أنّه قد يتعذّر ذلك عليه، فليتأمّل.

وحجّة ما في «التذكرة» أنّه قد يكون له غرض لا يتعلّق بالأداء أو بالأداء من الغريم بخصوصه فإنّ الأغراض قد تتفاوت، إذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف أنّه إن ظهر مستحقّاً لا يقدر على أخذ بدله منه، ولأنّه مقتضى الشرط، وهذا أقوى. وينقدح من ذلك أنّه لا يجب قبول الحقّ من غير مَن هو عليه.

ويؤيّد هذا القول أو يدلّ عليه ما رواه في «الكافي [1]» في الموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أُتي أمير المؤمنين عليه السلام برجلٍ تكفّل بنفس رجل، فحبسه وقال: اطلب صاحبك. وروى الشيخ [2] مثله. وكذا الصدوق في «الفقيه [3]» عن سعد بن طريف. ونحو ذلك ما في «الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام [4]». وهذه الأخبار على كثرتها واعتبار سند بعضها وانجبار ضعف ما فيها بعمل العلماء ليس فيها تخيير للكفيل بين الإحضار وأداء المال، بل إنّما فيها الأمر بالأوّل خاصّة.

وقد يقال [5] باحتمال ورود الأمر والإلزام بالإحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال، فلا دلالة فيها على لزوم الإحضار على الإطلاق.

والظاهر أنّ الحبس للحاكم فيحبسه إلى أن يحصل ما يقتضيه مذهبه.

وليعلم أنّ مختار الشيخ ومَن وافقه على تقدير تمامه إنّما يصحّ فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، فلو لم يمكن كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة

---

(١) الكافي: في الكفالة والحوالة ح ٦ ج ٥ ص ١٠٥.

(٢) تهذيب الأحكام: في باب الكفالات والضمانات ح ٤٨٧ ج ٦ ص ٢٠٩.

(٣) من لايحضره الفقيه: في باب الكفالة ح ٣٤٠٠ ج ٣ ص ٩٥.

(٤) فقه الرضا عليه السلام: في باب الربا والسلم والدَين والعينة ص ٢٥٦.

(٥) كما في رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٦٠١.

توجب حدّاً أو تعزيراً فلابدّ من إلزامه بإحضاره مع الإمكان إن لم يكن له بدل، أمّا ما له بدل كالدية في القتل وإن كان عمداً ومهر مثل الزوجة فإنّه يجب عليه البدل كما نبّه عليه المصنّف في «التذكرة[1]» وجماعة[2].

ثمّ على تقدير كون الحقّ مالاً وأدّاه الكفيل برضا المكفول له أو مطلقاً، فإن كان قد طالبه بالإحضار وأدّى بإذن المكفول عنه رجع عليه وإن كان قد كفّل بغير إذنه، وكذا إن أدّى بغير إذنه مع كفالته بإذنه وتعذّر إحضاره والمراجعة إليه، لأنّ ذلك من لوازم الكفالة، فالإذن فيها إذن في لوازمها، أو يكون من باب الأسباب بناءً على ما مرّ[3] في «التذكرة» ولا رجوع له إلّا في هاتين الصورتين. أمّا إذا انتفى الأمران وطالبه وأمكنه إحضاره ولم يحضره لم يرجع عليه. وكذا إذا كفل بإذنه وأدّى بغير إذنه مع تمكّنه من مراجعته. ومثله ما إذا تعذّر عليه إحضاره مع عدم إذنه في الكفالة ولم يطالبه المكفول له. أمّا إذا طالبه وضيّق عليه فإنّه يرجع عليه كما في «التذكرة[4] والكتاب[5]» في آخر الباب و«جامع المقاصد[6]» لأنّه أدّى دَينه بإذنٍ شرعي فيستحقّ الرجوع عليه. ونسبه في «المسالك[7]» إلى ظاهرهم، وفيه تأمّل.

والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع مَن أدّى بالإذن هنا وإن تكفّل بغير الإذن بخلاف الضمان عدم تعلّق الكفالة بالمال أوّلاً وبالذات وأنّ حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي، فإذا أدّاه بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضمان لانتقال

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٨ و ٤١١.

(٢) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٦، والكاشاني في مفاتيح الشرائع: في أحكام الكفالة ج ٣ ص ١٥٢، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٦٠٠.

(٣) تقدّم في ص ٥٨٤.

(٥) قواعد الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ١٧١.

(٦) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٧.

(٧) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٧.

ولو قال: إن لم أُحضره كان عليَّ كذا لزمه الإحضار خاصّة، ولو قال: عليَّ كذا إلى كذا إن لم أُحضره وجب عليه ما شرط من المال.

المال به إلى ذمّته، فلا ينفعه الإذن في الأداء بعده، لأنّه كإذن الأجنبي البريء للمديون في أداء دَينه كما نبّه على ذلك في «التذكرة[1]» وغيرها[2]. ويأتي في آخر الباب[3] الإشارة إلى بعض ذلك.

وينبغي ملاحظة جميع ما ذكر بالنسبة إلى ما في «التذكرة» وغيرها من المذهبين، لأنّ ما في التذكرة يقضي بأنّه ليس من مقتضى الكفالة المال.

[فيما لو تعهّد الكفيل جعالة إن لم يحضر]

قوله: ﴿ولو قال: إن لم أُحضره كان عليَّ كذا لزمه الإحضار خاصّة، ولو قال: عليَّ كذا إلى كذا إن لم أُحضره وجب عليه ما شرط من المال﴾ يعني إن لم يحضره كما في «النهاية[4] والسرائر[5] والنافع[6] وكشف الرموز[7] والتحرير[8] والتذكرة[9] وحواشي الكتاب[10] واللمعة[11] والمهذّب البارع[12]

(١ و ٩) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١١ و٤١٣.

(٢) كمسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٧.

(٣) سيأتي في ص ٦٤٤.

(٤) النهاية: في الكفالات والضمانات والحوالات ص ٣١٥.

(٥) السرائر: في أحكام ضمان النفوس ج ٢ ص ٧٥.

(٦) المختصر النافع: في الكفالة ص ١٤٣.

(٧) كشف الرموز: في الكفالة ج ١ ص ٥٦١.

(٨) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.

(١٠) الحاشية النجّارية: في الكفالة ص ٨١ س ٤ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(١١) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.

(١٢) المهذّب البارع: في الكفالة ج ٢ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢.

والتنقيح[١] والشرائع[٢] والإرشاد[٣] وجامع المقاصد[٤]» إلّا أنّ الثلاثة الأخيرة خلت ـ كالكتاب ـ عن القيد الّذي قيّدناه، وهو مراد فيها ما عدا الأخير، وستسمع كلامه. وهو المحكيّ[٥] عن القطب.

وإلى ما في «النهاية» يرجع كلام القاضي وابن حمزة بتقريب قريب، قال القاضي: إن قال: إن لم أُحضره في وقت كذا فعليّ كذا، فقدّم ذكر الوقت وأخّر ذِكر المال لم يجب عليه إذا حضر الأجل إلّا إحضاره دون المال. وإن قال: عليّ كذا إن لم أُحضره في وقت كذا، فقدّم ذِكر المال وأخّر الوقت وجب عليه إذا حضر الأجل ولم يحضره المال الّذي ذكره[٦]. وقال في «الوسيلة»: إن قدّم ضمان المال على الكفالة وعجز عن التسليم لزمه المال، فإن قدّم الكفالة على ضمان المال لزمه إحضاره دون المال[٧]. وفي «المهذّب البارع[٨]» في شرح عبارة النافع: أنّ المسألة إجماعية. وفي «جامع المقاصد[٩]» في شرح عبارة الكتاب: هذا مرويّ من طرق الأصحاب وقد أطبقوا على العمل به. وفي «حواشي الإرشاد[١٠] وجامع المقاصد[١١]» أيضاً أنّ الفارق بين

---

(١) التنقيح الرائع: في الكفالة ج ٢ ص ١٩٦.
(٢) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٥.
(٣) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.
(٤ و ٩ و ١١) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٣.
(٥) لم نعثر على الحاكي من قطب الدين فيما بأيدينا، فراجع.
(٦) لم نعثر عليه في المهذّب وحكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الكفالة ج ٦ ص ١٦.
(٧) الوسيلة: في الكفالة ص ٢٨١.
(٨) المهذّب البارع: في الكفالة ج ٢ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢.
(١٠) ظاهر عبارة الشارح أنّ التفريق بين المسألتين بالنصّ والإجماع من تصريح حواشي الإرشاد وجامع المقاصد معاً، إلّا أنّ الّذي صرّح بذلك هو الثاني، وأمّا الأوّل فأوكل الفرق إلى الرواية من غير ذِكر للإجماع، وهذا دأب الشارح في منقولاته، فإنّه كثيراً مّا نقل فتوى عن جماعة ذكر بعضها بعضُ الأصحاب وجملتها بعضُ آخر فنسبها إلى الجماعة باعتبار كون بعضهم مندرجاً في ذلك. هذا إذا قلنا إنّ المراد من الحواشي هو حواشي الفخر الّذي نقلها عنه ←

المسألتين الإجماع والنصّ. ونحوه ما في «غاية المرام» فيما حكي عنها[١]. وظاهر «كشف الرموز[٢] والتنقيح[٣] وإيضاح النافع» الإجماع على ذلك حيث نسب فيها إلى الأصحاب. وفي «الغنية[٤]» دعوى الإجماع في المسألة أو أحد شقّيها لكن العبارة غير نقية عن الغلط فلم ننقلها.

أفبعد هذا كلّه يصحّ لصاحب «المسالك» أن يمنع الإجماع ويقول: إنّ أحداً من الأصحاب لم يدّعه وإنّما ادّعاه ابن فهد وتبعه الشيخ عليّ ثمّ يتعجّب منهما ويقول: إنّ الموجود كلامهم في المسألة جماعة يسيرة والباقون لا نعرف حكمهم فيها[٥]، مع أنّه نسبه في «الروضة[٦]» إلى المشهور؟ واستند في منع الإجماع في «المسالك» إلى خلاف أبي عليّ الّذي لا يزال مخالفاً، وقال: إنّ المحقّق له في المسألة قولان، لأنّه ترك القيد الّذي قيّدنا به عبارة الكتاب في «الشرائع[٧]» وأثبته في «النافع[٨]» وقال: إنّ للعلّامة أربعة أقوال[٩] باعتبار القيد المذكور وعدمه، فإنّه ذكره في «التذكرة[١٠] والتحرير[١١]» وأهمله في «الإرشاد[١٢] والكتاب» فكان له بذلك قولان، ولأنّه استنسب

← النيلي، وأمّا لو كان المراد هو حواشي المحقّق الكركي فلم نجد المسألة فيها، فراجع شرح الإرشاد للنيلي: ص ٥٧ س ٢ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(١) حكاه عنه في الرياض: في الكفالة ج ٨ ص ٦٠٢.

(٢) لم نعثر فيه على نسبة الحكم إلى الأصحاب فراجع كشف الرموز: في الكفالة ج ١ ص ٥٦١ ـ ٥٦٢.

(٣) التنقيح الرائع: في الكفالة ج ٢ ص ١٩٦.

(٤) غنية النزوع: في الضمان ص ٢٦٢.

(٥ و ٩) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠ و ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(٦) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٥.

(٧) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٥.

(٨) المختصر النافع: في الكفالة ص ١٤٣.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٣.

(١١) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.

(١٢) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

مذهب ابن الجنيد، وهو قول يحتاج تقريره إلى تطويل ستسمع [١] حاصله عن قريب، ولأنّه حكى عنه ولده أنّه حمل الرواية على أنّه التزم في الصورة الأُولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال: إن لم أُحضره فعليّ عشرة دنانير مثلاً، فهنا لا يلزمه المال إجماعاً، لأنّه التزم بما ليس عليه، وأمّا الثانية فلأنّه التزم بما عليه وهو الدينار مثلاً، فكأنّه قال: عليّ الدينار الّذي عليه إن لم أُحضره [٢]، فجعل هذا الاحتمال في الرواية قولاً له رابعاً كما جعل استنسابه مذهب أبي عليّ قولاً [٣]، وقطع بذلك الطريق على المتأخّرين عنه، وأنت قد عرفت الحال في ذلك وأنّ غاية ذلك الاختلاف في الإطلاق والتقييد وهو لا يوجب المخالفة في أصل الحكم، مع احتمال عدم المخالفة والاتّفاق كما هو الظاهر على اعتبار ذلك القيد، وتركه في تلك الكتب لتقدّم الشرطية فيها حيث قيل فيها: إن لم أُحضره قبل الحكم، مضافاً إلى استدلالهم على ذلك بالموثّقين المذكور فيهما القيد، والأمر في ذلك واضح. ثمّ إنّ لنا في كلامه في المسالك مناقشات يطول بذكرها الكلام وهي لا تخفى على المتأمّل.

فقد تطابقت الفتوى والإجماعات من صريح وظاهر على موردٍ واحد وهو الحكم مع القيد كما هو واضح، وإن أبيت قلنا على أصل الحكم لا وصفه من أحد الأمرين، ثمّ إنّ إجماع الشيخ عليّ إنّما حكاه على العمل بالمرويّ كما سمعته [٤] فكان واقعاً على الحكم مع القيد.

ثمّ قال: ولا يكاد يظهر فرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ، ومثل هذا إنّما يصار إليه من غير نظر إلى حال اللفظ مصيراً إلى النصّ والإجماع. ثمّ حكى عن ابن الجنيد أنّه إذا بدأ بالضمان للمال ثمّ عقّبه الكفالة أنّه يصحّ ضماناً وكفالة، وإذا بدأ بالكفالة

---

(١) سيأتي في صفحة ٥٩٨.

(٢ و٣) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(٤) تقدّم في ص ٥٩٣.

ثمّ علّق الضمان أنّ الكفالة تصحّ ويبطل الضمان. وحكي عن المختلف أنّه قال: إنّ كلامه أنسب، ثمّ أورد على الأوّل أنّه إذا صحّ الضمان برئ المضمون عنه فأيّ معنى للكفالة؟ ثمّ قال: ويمكن أن يقال إنّ السرّ في لزوم المال إذا قدّمه براءة ذمّة المضمون عنه فتمتنع الكفالة، وإذا قدّم الكفالة كان الضمان المتعقّب لها لكونه معلّقاً على شرط باطلاً، ولمنافاة الضمان صحّة الكفالة، وكيف كان فالمذهب ما عليه الأصحاب[١]، انتهى.

فإجماعه حيث حكاه على المروي في محلّه وما استنبطه من السرّ لم يصادف محلّه، على أنّه قد يكون ذلك منه في بيان حال كلام أبي عليّ كما يرشد إليه قوله «وكيف كان فالمذهب ما عليه الأصحاب» وإن احتاج ذلك إلى تجشّم شديد. وكيف كان فهذا لا يقدح في إجماعه ولا يناسب صاحب المسالك إطالة الكلام عليه في ذلك وإن قدح في إجماعه، وما كان ليكون فلا يقدح في الإجماعات الأُخر.

وأمّا الأخبار فهي ما رواه الشيخ[٢] عن أحمد عن البزنطي عن داود بن الحصين عن البقباق عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: سألته عن الرجل يتكفّل بنفس الرجل إلى أجل، فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً، قال: إن جاء به إلى أجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً إلّا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الّذي أجّله. ورواه في «الفقيه[٣]» عن داود بن الحصين.

وليس في سند «التهذيب» من يتأمّل فيه غير داود بن الحصين. وقد قال النجاشي[٤]: إنّه ثقة، والشيخ[٥]: إنّه واقفي، فهو ثقة واقفي، فيكون الخبر موثّقاً، وهو حجّة، بل الظاهر أنّه صحيح، لأنّ النجاشي أضبط من الشيخ، مضافاً إلى أنّه يروي

(١) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٣.
(٢) تهذيب الأحكام: في الكفالات والضمانات ح ٤٨٨ ج ٦ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠.
(٣) من لا يحضره الفقيه: في الكفالة ح ٣٤٠٣ ج ٣ ص ٩٦.
(٤) رجال النجاشي: ص ١٥٩ رقم ٤٢١.
(٥) رجال الطوسي: في أصحاب موسى بن جعفر الكاظم عليه‌السلام ص ٣٣٦ برقم ٥٠٠٧.

عنه مَن لا يروي إلّا عن ثقة كصفوان وجعفر بن بشير والبزنطي. ولعلّ حكم الشيخ مأخوذ من ابن عقدة.

وليس في طريق الصدوق[١] إلى داود بن الحصين مَن يتأمّل فيه سوى الحكم ابن مسكين، وهو كثير الرواية ومقبولها وصاحب كتب متعدّدة. وقد قال الشهيد[٢]: لمّا كان كثير الرواية ولم يرد فيه طعن فأنا أعمل على روايته. وقال أيضاً: إنّ الكشّيّ ذكره ولم يطعن فيه، فذِكره غير قادح ولا موجب للضعف. وقال الأُستاذ[٣] في «تعليقه»: إنّ في رواية ابن أبي عمير عنه إشعاراً بتوثيقه، ويؤيّده رواية ابن محبوب وابن فضال وابن أبي الخطّاب عنه.

فكان الخبر في «الفقيه» حسناً، فقوله في «المسالك[٤]»: إنّ في سند الروايتين ضعفاً وجهالةً في بعض رجالهما غير صحيح، لأنّ سند هذه لا جهالة فيه ولا ضعف، وستسمع حال سند الأُخرى.

وهي ما رواه الشيخ[٥] وثقة الإسلام[٦] عن محمّد عن الكافي[٧] حميد بن زياد عن ابن سماعة عن الميثمي عن أبان عن البقباق قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل

---

(١) من لايحضره الفقيه: في المشيخة ج ٤ ص ٤٦٦.

(٢) لم نعثر على كلام الشهيد في كتبه التي بأيدينا، لكن نقله عنه المجلسي في روضة المتقين: ج ١٤ ص ٦٣.

(٣) راجع الفوائد الحائرية: الفائدة ٢٢ ص ٢٢٧، وحاشية منهج المقال: ص ١٣٤.

(٤) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٩.

(٥) تهذيب الأحكام: في الكفالات والضمانات ح ٤٩٣ ج ٦ ص ٢١٠.

(٦) الكافي: في باب الكفالة والحوالة ح ٣ ج ٥ ص ١٠٤.

(٧) الظاهر أنّ الشارح أراد أن يأتي باللفّ والنشر المرتّب فقال: رواه الشيخ وثقة الإسلام أي الكليني فإنّ الشيخ رحمه الله رواه عن محمّد بن يحيى عن حميد بن زياد. وأمّا الكليني فرواه عن حميد مباشرةً، فأراد الشارح أن ينبّه على أنّ الّذي رواه عن حميد من دون واسطة هو الكليني في الكافي وأمّا المراد بابن سماعة فهو الحسن بن محمّد بن سماعة الكندي المعروف بين الأصحاب بابن سماعة، فراجع.

تكفّل لرجل بنفس رجل فقال: إن جئت به وإلّا فعليّ خمسمائة درهم كما في التهذيب ـ وفي الكافي: إن جئت به وإلّا فعليك خمسمائة درهم، وفيهما معاً: ـ قال: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم، فإن قال: عليّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه، قال: يلزمه الدراهم إن لم يدفعه.

وحميد بن زياد ثقة أو موثّق، وكذلك أحمد بن الحسن الميثمي، والحسن بن محمّد بن سماعة واقفي ثقة، وأبان بن عثمان ممّن أجمعت له العصابة وحاله أشهر من أن يذكر، فالخبر موثّق، بل قال المقدّس الأردبيلي[١]: إنّ في نسخة الكشّي الّتي عنده إنّه كان قادسيّاً ـ أي من القادسية ـ فلا يكون ناووسيّاً.

فهذان الخبران مشهوران روايةً وفتوىً ظاهران فيما فُهِمَ منهما العلماء الأقدمون الأجلّاء الكبار العارفون بمعاني الأخبار، فلا يلتفت إلى ما يرد عليهما من حيث مخالفتهما للقواعد الشرعية والعربية، فكم من نصٍّ خرجنا به عنهما وليس كهذين في أعلى مراتب القوّة من جهة فتوى الطائفة وإجماعاتهم، مع اعتبار السند، ولا حاجة بنا إلى التكلّفات الصادرة عن جماعة في تطبيقهما على القواعد مع تضمّن بعضها إخراجهما عن ظاهرهما كما ستسمع[٢].

وما يقال[٣]: إنّ مفهوم الشرط في الرواية الأُولى أنّه إن لم يجئ به لزمه المال، فقد دلّ بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وأبدوه من الفرق، ففيه: أنّ قوله عليه‌السلام «وهو كفيل بنفسه أبدا إلّا أن يبدأ بالدراهم فهو له ضامن» يدفع هذا المفهوم، فكأنّ المراد بهذا إلغاؤه.

وتذكير الضمير في «له» بتأويل الدراهم بالمال. وتقييد الضمان بعد الإتيان به

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢٣.

(٢) سيأتي بيانه في الصفحة الآتية إلى ص ٦٠٢.

(٣) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤١.

في الأجل مع ثبوته من حين العقد من باب المساهلة في العبارة، ولا نظر فيه إلى اعتبار المفهوم. ويحتمل أن يرجع ضمير «له»إلى المديون، وكذلك الضمير المستتر في «لم يأت»، أو يرجع الأوّل إلى المال والثاني إلى المديون، ويكون المقصود أنّ الرجل ضامن للمديون أو المال بمعنى أنّه يجب عليه الإتيان بالمال إن لم يتبرّع المديون بالإتيان بالمال في الأجل الّذي أجّله الضامن، والتقييد بالشرط مبنيّ على تبرّع المديونين بأداء المال حيث كان المال عليهم والضمان في كثير من الأحوال إلى مصلحتهم، وهذان الاحتمالان يفوّتان القيد الّذي بنى عليه الأصحاب.

وأمّا الرواية الثانية فليس الكافي مخالفاً فيها للتهذيب في الصيغة الثانية الّتي هي محلّ النظر بالنسبة إليهما. وأمّا الأُولى فلا بحث فيها بالنسبة إلى الكافي.

وصاحب «الوافي» قلّب الأُمور مع ما فيه من الفساد الواضح من اعتباره في الفرق عدم القبول، قال: ويخطر بالبال أنّ مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخيره عنه كما فهموه، بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدراهم من قِبل نفسه مرّة وإلزام المكفول له بذلك من دون قبوله مرّة أُخرى كما هو ظاهر الحديث الثاني على رواية الكافي، والحديث الأوّل وإن كان ظاهره خلاف ذلك إلّا أنّه يجوز حمله عليه، فإنّ قول السائل «فإن لم يأت فعليه كذا» ليس صريحاً في أنّه قول الكفيل، وعلى تقدير إبائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوي وسوء تقريره، فإنّ مصدر الخبرين واحد والسائل فيهما واحد. وأمّا على نسخة التهذيب الّتي نشأت منها تكلّفات الأصحاب فلا يتأتّى هذا التوجيه، والظاهر أنّه من غلط النسّاخ[1].

وليعلم أنّ ابن إدريس قال في آخر كلامه: هذان الخبران أوردهما الشيخ في التهذيب، وفي نهايته أورد عبارة ملتبسة في هذا المعنى، وفقه ذلك ما ذكرناه، وقد كان ذكر في أوّل كلامه الفرق بين الصيغتين بما نصّه: إنّه بدأ في الأولة بضمان النفس

---

(١) الوافي: في أبواب أحكام الديون والضمانات ذيل ح ١٨٣٩٤ ج ١٨ ص ٨٣٦.

قبل المال، وفي الثانية بضمان المال أوّلاً فقال: عليَّ كذا، قال: فافترق الأمران[١]. وغرضه بيان الفرق بين الصيغتين وتصويره وأنّ مناطه تقديم الشرط وتأخيره، لأنّ ذلك محلّ اشتباه، لأنّ الشرط لا فرق فيه بين أن يتقدّم أو يتأخّر، وليس غرضه بيان الوجه في الفرق بين المسألتين، فما أنصفوه حيث قالوا[٢]: إنّه فرق بنفس الدعوى لا يتحصّل له فائدة، وأوّل مَن طعن عليه المحقّق[٣] وتلميذه[٤] غير ملاحظين آخر كلامه، وإلّا فمثل ذلك لا يخفى على أصاغر الطلبة.

وقال أيضاً في «السرائر»: لابدّ من أن تكون الدراهم الّتي لزمته في الموضع المذكور ضماناً عمّا وجب له في ذمّة المضمون عنه ثابتة في ذمّته حتّى يصحّ ضمانها، لأنّا قد بيّنّا أنّ ضمان ما لم يجب ولا يثبت في الذمّة لا يجوز[٥]. قلت: وهو صريح غيره، ومَن لم يصرّح به فهو مرادٌ له لما ذكر.

وفرّق فـي «التنقيح» بفرق قال: إنّه حسن، ولم يذكره أحد مـن الأصحاب[٦]. وملخّصه: أنّ المراد من الأُولى الإتيان بصيغة الكفالة وتعقّبها بإلزامه بالمال إن لم يأت به، وذلك يقتضي صحّة الكفالة لتصريحه بها، وما بعدها من المال أمـرٌ لازم للكفالة لما تقدّم من أنّ مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به. وأمّا الثانية فإنّها تشتمل على ضمان معلّق على شرط والشرط متأخّر، فهي إمّا مبنية على جـواز الضمان المعلّق على شرط، أو أنّ الضمان تمّ بقوله: عليَّ كذا، والشرط بعده منافٍ له، فلا يلتفت إليه فإنّه كتعقيب الإقرار بالمنافي. ولا يخفى ما في هذا الفرق، لأنّه

(١ و٥) السرائر: في أحكام كفالة الأبدان ج ٢ ص ٧٥ ـ ٧٦.
(٢) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٠، ومنهم البحراني في الحدائق الناضرة: في الكفالة ج ٢١ ص ٦٩ ـ ٧٠، ومنهم الفاضل المقداد في التـنقيح الرائع: في الكفالة ج ٢ ص ١٩٦ ـ ١٩٧.
(٣) لم نعثر على كلامه، وذكر ردّه الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٠.
(٤) كشف الرموز: في الكفالة ج ١ ص ٥٦٢.
(٦) التنقيح الرائع: في الكفالة ج ٢ ص ١٩٧ ـ ١٩٨.

لا يتمّ في الرواية الثانية لأنّ قوله «فقال» من باب توضّأ فغسل وجهه ويديه.

وقال في «المسالك[١]»: الّذي يقتضيه ظاهر الرواية أنّ الكفالة وقعت بصيغة تامّة في الموضعين وتعقّبها ما ذكر في الاشتراط بدليل قوله «رجل تكفّل بنفس رجل» ثمّ قسّمها إلى القسمين، فإنّ التكفّل إذا اُطلق يحمل على معناه الشرعي وإنّما يتمّ بذِكر لفظٍ يوجبه ... إلى آخر ما ذكره وأطال فيه، فمن أراد الوقوف عليه فليرجع إليه.

ويرد عليه ما يرد على التنقيح وزيادة كما ستسمع في كلام المولى المقدّس الأردبيلي فإنّه ذهب إلى عكس ما في المسالك وأنّ ذلك ليس كفالة بوجه، قال: إنّ القول بمقتضى القوانين أن يقال: إن كان التعليق مطلقاً مبطلاً للكفالة والضمان فالمسألتان باطلتان لذلك، إلّا أن أُوقع صيغتهما قبل هذه الشرطية فيعمل بها ويحكم ببطلان الشرطين، وإن جوّز مطلقاً أو بخصوصهما لكون الشرط من مقتضى الكفالة والضمان فينبغي أن يكون الحكم في الصورتين بإلزام الحقّ المضمون وضمانه إن لم يحضره في الأجل، ولا يكلّف بالإحضار ولا يكون كفالة بوجه، ولكنّه إن أحضره قبِل منه وسقط عنه المطالبة بالمال للشرط، ولا يبعد حمل الرواية الأُولى على هذا بأن يحمل قوله «وهو كفيل بنفسه أبداً» (بأنّه ـ خ ل) على أنّه لا يخلصه من تسليم الدراهم إلّا إحضاره، وكذا الثانية بأن يكون المراد بقوله «ولا عليه شيء من الدراهم» أن يجيء به. والظاهر أنّه المراد ليتوافق الأُولى وأنّه يرجع حاصل الروايتين فيهما ـ أي الصورتين ـ إلى أمرٍ واحد. والتخالف في الحكم في ظاهر الروايتين إنّما هو بحسب الظاهر لا بحسب نفس الأمر لوجود تغيير مّا في لفظهما، لأنّه ليس بمنقول عنه عليه السلام لفظاً بل معنى. ثمّ احتمل أن يكون المراد سبق ذِكر الكفالة في الأُولى بأن قال «عليَّ نفسه» ثمّ قال: فإن لم أُحضره فعليَّ كذا، وفي الصورة الثانية سبق ذِكر الضمان بقوله «عليَّ المال» مثلاً، ولا حكم للشرطية، ويكون ما

---

(١) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٤.

ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحقّ إلى ورثته.

فهم من سقوط المطالبة بالنفس بدفع المال في الاُولى لحصول الغرض وهو استيفاء الحقّ، كما أنّه مقتضى الكفالة، وأنّ معنى قوله عليه السلام «فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الّذي أجله» أنّه إن سلّم المال في الأجل وتسلّمه وإلّا فهو ضامن، ولابدّ من الخروج عن العهدة. وكذا في الرواية الثانية. قال: ويمكن أن تكون الدراهم غير الحقّ الّذي في ذمّة المضمون عنه ... إلى آخر ما قال[1].

وقال صاحب «الكفاية» في بيان الرواية الثانية: إنّ الكفالة تقتضي إحضار النفس وليس على الكفيل شيء سواه، وحيث اشترط في ضمن العقد أنّ عليه خمسمائة درهم إن لم يحضره كان عليه الخمسمائة بشرط عدم الإحضار، فكان كما لو نذر الحجّ في هذه السنة ثمّ نذر أن يتصدّق بألف دينار إن لم يحجّ في هذه السنة ... إلى آخر ما قال[2]. وكلّها تكلّفات لا حاجة بنا إليها، مضافاً إلى ما يرد عليها.

[في ما لو مات المكفول له]

قوله: ﴿ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحقّ إلى ورثته﴾ كما في «التحرير[3] وجامع المقاصد[4]». وفي «التذكرة» أنّه الصحيح عندنا، لأنّه حقّ للميّت فينتقل إلى ورثته كغيره من الحقوق[5] لعموم آية الإرث[6]. وقال بعض الشافعيّة[7]: إنّ الكفالة تنقطع لأنّها ضعيفة، فلا يحكم بثبوتها ولا اقتضائها الإحضار إليه، وقد تعذّر، وليس بشيء لأنّا نمنع ضعفها، سلّمنا لكن تنتقل إلى الوارث ولو كانت ضعيفة،

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.
(٢) كفاية الأحكام: في الكفالة ج ١ ص ٣٠١. (٣) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٤.
(٤) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٤. (٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٣.
(٦) النساء: ٧. (٧) فتح العزيز: ج ١٠ ص ٣٧٨.

ولو أطلق غريماً من يد صاحب الحقّ قهراً ضمن إحضاره أو أداء ما عليه.

ولا يسقط الحقّ بتعذّر إيصاله إلى مستحقّه الأوّل ولم يرجّح في «الإيضاح[1]».

بقي هنا شيءٌ وهو أنّ المستحقّ لو باع الدَين أو أحال به غيره فإنّ الكفيل يبرأ، لأنّ الكفالة لا تنتقل إلى مَن انتقل إليه الدَين، لعدم المقتضي، لأنّه لم ينتقل إلى مشتري الدَين سواه لا سائر الحقوق المتعلّقة به، مضافاً إلى أنّ الكفالة ليست حقّاً قابلاً للنقل بالاختيار بخلاف الإرث، ففرقٌ واضح بين انتقال الحقّ من المورّث إلى الوارث وبين انتقال الحقّ من المستحقّ ببيعٍ أو غيره، فإنّ الكفالة هنا لا تنتقل كما سينبّه عليه المصنّف في آخر الباب[2]. والظاهر فيما إذا باعه عليه نفسه بقاؤها.

وبقي شيءٌ آخر وهو أنّهم جميعاً لم يتعرّضوا لما إذا مات الكفيل فهل للمكفول له مطالبة ورثته بالإحضار إذا مات عن تركة وافية بالدَين الّذي على المكفول؟ الظاهر أنّه ليس له ذلك، لأنّ ذلك حقّ متعلّق بنفسه لا بماله وإنّما عاد في بعض الصوَر بالأخرة إلى ماله، وعليه نبّه في «التحرير[3]» في مسألة ترامي الكفالات.

[في ما لو أطلق الغريم من يد صاحب الحقّ]

قوله: ﴿ولو أطلق غريماً من يد صاحب الحقّ قهراً ضمن إحضاره أو أداء ما عليه﴾ كما في «الوسيلة[4] والشرائع[5] والنافع[6] والتذكرة[7] والتحرير[8]

---

(١) الموجود في الإيضاح هو ترجيح القول الأوّل، فراجع إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ١٠٠.

(٢) سيأتي في ص ٦٤٤.

(٣ و٨) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٣ و٥٦٩.

(٤) الوسيلة: في الكفالة ص ٢٨٢. (٥) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٦.

(٦) المختصر النافع: في الكفالة ص ١٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء: في صور براءة الكفيل من الكفالة ج ١٤ ص ٤١٨.

ولو كان قاتلاً لزمه إحضاره أو الدية،

والإرشاد[١] واللمعة[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤] والروضة[٥] ومجمع البرهان[٦] والكفاية[٧] والرياض[٨]» وفي الأخير: أنّه لا خلاف فيه.

وعلّله في «التذكرة» وتبعه عليه الجماعة بأنّه غصب اليد المستولية المستحقّة من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحقّ الّذي بسببه تثبت اليد عليه[٩].

وينبغي أن يكون الحكم ـ كما سلف[١٠] ـ في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الإمكان لا أنّه يفوّض التخيير إليه من أوّل الأمر على ما هو المختار من الترتيب بين الإحضار والأداء. وما هنا لعلّه مبنيّ على المشهور من أنّه مخيّر من أوّل الأمر أو على صورة التعذّر كما ستسمع نحوه.

وحيث يؤخذ منه المال هنا فلا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع كما صرّح بذلك في «المسالك[١١] والروضة[١٢]». وفي «التذكرة[١٣]» ما يخالف جميع ذلك قال: ولو تعذّر عليه استيفاء الحقّ من قصاصٍ أو مالٍ وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الّذي خلّصه قصاصاً، انتهى فليتأمّل فيه جيّداً.

[فيما لو أطلق الكفيل قاتلاً من القصاص]

قوله: ﴿ولو كان قاتلاً لزمه إحضاره أو الدية﴾ كما صرّح بذلك في

---

(١) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(٢) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص١٤٦. (٣) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ص ٣٩٤.

(٤ و ١١) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٥.

(٥ و ١٢) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢٥.

(٧) كفاية الأحكام: في الكفالة ج ١ص ٦٠١. (٨) رياض المسائل: في الكفالة ج٨ص ٦٠٤.

(٩ و ١٣) تذكرة الفقهاء: في صور براءة الكفيل من الكفالة ج ١٤ ص ٤١٩.

(١٠) تقدّم في ص ٥٩٢.

جميع الكتب المذكورة آنفاً[١]. وبه طفحت عباراتهم في باب القصاص[٢]. وقد روى ثقة الإسلام عن حريز في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلّصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال: أرى أن يحبس الّذين خلّصوا القاتل من أيدي الأولياء حتّى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات وهم في السجن؟ قال: فإن مات فعليهم الدية يؤدّونها جميعاً إلى أولياء المقتول[٣]. وهو ظاهر في خلاف ما ذكروه من التخيير بين إحضاره وبين دفع الدية، وظاهر في أنّه مع حياة القاتل ليس الحكم إلّا إحضاره وتسليمه كما هو مقتضى الكفالة.

ومنه يفهم حكم المسألة الأُولى فإنّ مرجع المسألتين إلى أمرٍ واحد، وهو مَن أطلق مَن عليه حقّ من يد غريمه قهراً فإنّه يضمنه ويجب عليه إحضاره وتسليمه لمن أخذه من يده، أو أنّ للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتّى يحضره، لكن يدفع ذلك كلّه أنّ الحكم مخصوص بصورة التعذّر.

ثمّ إنّ الخبر يدلّ على أنّه ليس كفالة، لأنّها تبطل بالموت، مع أنّ ظاهر جماعة[٤] وصريح آخرين ـ كصاحب «الوسيلة[٥]» وصاحب «اللمعة[٦]» وكذا «الروضة[٧]

---

(١) راجع الهوامش ٣ ـ ٧ من صفحة ٦٠٥ والهوامش ١ ـ ٨ من صفحة ٦٠٦.

(٢) كما في النهاية: في الديات ص٧٥٨، والسرائر: في الديات ج ٣ص٣٦٦، وفي مجمع الفائدة والبرهان: في عقوبة القتل ج ١٣ ص ٤١٣.

(٣) الكافي: في باب الرجل يخلص مَن وجب عليه القود ح ١ ج ٧ ص ٢٨٦.

(٤) كالسيّدعليّ في رياض المسائل: في الكفالة ج ٨ ص ٦٠٤ ـ ٦٠٥، وكالمحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٤، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الكفالة ج ٢١ ص ٧٣.

(٥) الوسيلة: في الكفالة ص ٢٨٢.

(٦) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.

(٧) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٨.

فإن دفعها ثمّ حضر الغريم تسلّط الوارث على قتله، فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل،

والمسالك[١] ومجمع البرهان[٢]» بل «التذكرة[٣]» أيضاً و«الكتاب» لأنّه سمّاه كفيلاً فيهما ـ أنّها كفالة، واحتمل الشهيد انسحاب الغريم إلى المحال عليه[٤] فاحتمل إدخال هذا القسم في الحوالة لأنّه لو مات لم تبطل، فليلحظ. والأولى أن يقال: إنّ هذه الكفالة القهرية لا تبطل بالموت كما أنّه هو الّذي يوافق الاعتبار وكلام الأصحاب.

هذا ولا فرق بين كون القاتل عامداً أو مخطئاً فلا يقتصّ منه في العمد، لأنّه لا يجب على غير المباشر.

وفي «التذكرة[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]» في بيان الوجه أنّه لمّا تعذّر استيفاء القصاص وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمداً أو مات.

قلت: ونحن قد اخترناه في باب القصاص في باب العفو[٨] أنّه إذا مات أنّ الأصحّ سقوط الدية، وأنّه إذا هرب وفرّ أنّها تجب في ماله إن كان له مال، وإلّا أُخذت من الأقرب فالأقرب كما في موثّقة أبي بصير، وقد أوضحنا ذلك وبيّنّاه هناك بما لا مزيد عليه. ثمّ إن استمرّ هارباً ذهب المال على المخلّص.

قوله: ﴿فإن دفعها ثمّ حضر الغريم تسلّط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل﴾ إذا تمكّن الوليّ منه في العمد وجب

(١ و٧) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة وأحكامها ج ٩ ص ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

(٣ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٨.

(٤) الحاشية النجّارية: في الكفالة ص ٨١ س ٩ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٦) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٤.

(٨) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٧ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

ولا يتسلّط الكفيل لو رضي هـو والوارث بالمدفوع على المكفول بديةٍ ولا قِصاص.

عليه ردّ الدية إلى الغارم وإن لم يقتصّ من القاتل، لأنّها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحقّ كما صرّح بذلك في «التذكرة[1] والمسالك[2] والروضة[3]»، واستشكل في «التحرير» قال: وإذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الأولياء؟ فيه إشكال. ثمّ قال: وهل له إلزامه بما أدّى على تقدير انتفاء جواز قتله؟ فيه نظر[4]، انتهى.

ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وقد تعذّر استيفاء الحقّ من قصاصٍ أو مال وأخذ الحقّ من الكفيل كان له الرجوع على الّذي خلّصه كتخليصه من يد المستحقّ.

[حكم الكفيل لو رضي القاتل ووارث المقتول]

قوله: ﴿ولا يتسلّط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بديةٍ ولا قِصاص﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[5]» لأنّه لم يكفله بقوله ولم يدفع برضاه ولم يكن المدفوع واجباً بالأصالة، وإنّما وجب بعارض وهي الحيلولة وإن زالت، وأمّا عدم تسلّطه بالقصاص فظاهر.

وسمّى المصنّف المطلق قهراً مكفولاً مجازاً لكنّه سمّى المخلّص كفيلاً، والخبر يعطي أنّه ليس بكفيل كما عرفت[6].

وقد سمعت ما حكيناه آنفاً عن «التذكرة» من أنّه لو تعذّر عليه استيفاء الحقّ من قصاصٍ أو مـال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كـان للكفيل الرجوع على

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٩.
(٢) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٤٦.
(٣) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٨.
(٤) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٩.
(٦) تقدّم في ص ٦٠٥.

فــروع

الأوّل:لو قال الكفيل:لا حقّ لك على المكفول قُدّم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حقّ،

الغريم الّذي خلّصه قصاصاً، ولا تغفل عمّا في «التحرير» من النظر.

قوله: ﴿فروع﴾ قد ذكر أحد عشر فرعاً بها يتمّ الباب.

[في انكار الكفيل حقّ المكفول له]

قوله: ﴿الأوّل: لو قال الكفيل: لا حقّ لك على المكفول قُدّم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حقّ﴾ قد صرّح بتقديم قول المكفول له في الفرض المذكور في«المبسوط[١] والسرائر[٢] والشرائع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والإرشاد[٦] واللمعة[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠] والكفاية[١١]» لأنّ الكفالة لاتصحّ إلّا مع ثبوت الحقّ والأصل في العقد الصحّة، لأنّ الإنكار راجع إلى دعوى فساد الكفالة بعد صدورها ليسقط عن نفسه وجوب الإحضار، والمكفول له

---

(١) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩.
(٢) السرائر: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٧٨.
(٣) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٩.
(٥) تحريرالأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١.
(٦) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٤.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.
(٨) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٥.
(٩) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٤٩.
(١٠) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٩.
(١١) كفاية الأحكام: في الكفالة ج ١ ص ٦٠٢.

يدّعي الحقّ المصحّح للكفالة، فالدعوى راجعة إلى صحّة الكفالة الصادرة وفسادها، والأصل في العقد الصحّة.

وعساك تقول: هو لم ينكر الدعوى وصحّتها وإنّما أنكر الدَين وذلك لا يقتضي بطلان الكفالة، فلا تكون الدعوى راجعة إلى صحّة الكفالة وفسادها. لأنّا نقول: إنكاره الدَين مع اعترافه بالدعوى عبثٌ لا معنى له، لأنّه لا يؤثّر في سقوط حقّ الإحضار، فينبغي أن يكون غرضه في قوله «لا حقّ لك عليه» إبطال الكفالة ليسقط عنه وجوب الإحضار، فلابدّ أن يكون منكراً حقّاً يصحّح الكفالة، وهو إمّا صحّة الدعوى أو المال، و«الحقّ» في عبارته نكرة يفيد العموم شامل للأمرين.

هذا وعساك تقول: قد تقدّم في باب البيع والرهن والضمان[1] أنّ التمسّك بأصالة الصحّة في العقود إنّما يكون بعد استكمال أركانها ليتحقّق وجود العقد، أمّا قبله فلا وجود للعقد، وثبوت الحقّ من أركان الكفالة، فليقدّم قول الكفيل. لأنّا نقول: إنّ ذلك إنّما يكون حيث يكون لمدّعي الفساد أصل يستند إليه أو ظاهر يرجع إليه غير أصل البراءة، كمن ادّعى أنّه باع أو ضمن أو رهن حال الصبوة، فإنّ معه أصالة الصبا وأصالة براءة الذمّة، وكمن ادّعى أنّ العقد وقع على الحرّ لظنّ الرقّية لعدم العلم بعتقه من الوكيل ونحوه، فإنّ أصل الصحّة لا يعارض ذلك، لأنّ مرجعه إلى صحّة فعل المسلم بمعنى أنّه لا يتصرّف باطلاً، لأنّه يقال له ما تصرّفت باطلاً عامداً، وما نحن فيه ليس للكفيل إلّا أصل البراءة، وهو غير معتضد بأصلٍ ولا ظاهر، فكان مقطوعاً قطعاً بأصالة صحّة العقد المعتضد بالظاهر كما حرّرناه في أوّل باب الضمان[2]، على أنّ الحقّ أنّ هذه القاعدة غير محرّرة، ولم تعرف من أحد غير المحقّق الثاني كما حرّرناه وأوضحناه في باب الإجارة[3].

---

(١) تقدّم في ج ١٤ ص ٨٢٧ وج ١٥ ص ٦٥٩ وج ١٦ ص ٣٧٨.

(٢) تقدّم في ص ٣٧٨.

(٣) سيأتي في ج ٧ ص ٢٩٤ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء التاسع عشر.

فإن أُخذ منه المال قهراً لتعذّر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم.

وهل يفتقر إلى اليمين؟ ففي «مجمع البرهان[١]» أنّه لا يحتاج إلى اليمين، لأنّ الكفيل معترف بالكفالة، وهي من دون ثبوت حقّ في ذمّة المكفول غير معقول، فلا تسمع دعواه ولا يحلف له، لأنّ دعواه تخالف قوله، وهو قويّ. وفي «المبسوط[٢] والسرائر[٣] واللمعة[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧] والكفاية[٨]» أنّ القول قوله مع يمينه. قلت: لعلّهم أرادوا أنّ ما يدّعيه ممكن. وفي «التحرير» أنّه الأقرب[٩]. وفي «المسالك» أنّ القاعدة تقديم قول المكفول مع يمينه[١٠]. ولو نكل ففي «التحرير» أنّ الوجه إحلاف الكفيل مع احتمال بعيد[١١]. قلت: يريد أنّه يجوز أن يعلم الكفيل أن لا حقّ له على المكفول من قول المكفول أو من قرائن أُخر.

[فيما لو أخذ من الكفيل المال قهراً]

قوله: ﴿فإن أُخذ منه المال قهراً لتعذّر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم﴾ كما في «التذكرة[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤] والروضة[١٥]» ولعلّ المراد في عبارة الكتاب أنّ ذلك عند قيام البيّنة وإثباته عند الحاكم، أو لعلّه بناه على الاحتمال المرجوح. وفي «التذكرة» أنّه لو تعذّر إحضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير بيّنة؟ إشكال أقربه عدم الوجوب[١٦]. وهو خيرة «جامع المقاصد[١٧]

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة ج ٩ ص ٣٢٨.
(٢) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩.
(٣) السرائر: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٧٨. (٤) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.
(٥ و١٣ و١٧) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٥ و٣٩٦.
(٦ و١٠ و١٤) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٤٩.
(٧ و١٥) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٩ و١٦٠.
(٨) كفاية الأحكام: في الكفالة ج ١ ص ٦٠٢. (٩ و١١) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١.
(١٢ و١٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٩.

الثاني:لو تكفّل اثنان برجلٍ فسلّمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر،

والمسالك[1] والروضة[2]» لأنّ الحقّ لم يثبت بحلفه السابق، لأنّه لإثبات حقّ في الجملة يصحّح الكفالة، ويكفي فيه توجّه الدعوى ووجوب الإحضار عليه لا المال. نعم لو أقام بيّنة به وأثبته عند الحاكم اُلزم به ولم يرجع به على المكفول لاعترافه ببراءة ذمّته وأنّه مظلوم، كذا قالوه. ولي فيه تأمّل، إذ الحلف السابق صيّره كفيلاً واقعاً فيجب عليه أداء المال إذا تعذّر الإحضار كما هو ظاهر كلام «المبسوط[3] والسرائر[4] والشرائع[5]» وغيرها[6] ممّا لا يذكر فيه ما في «التذكرة» في موضع منها. وظاهرها في موضعٍ آخر[7] كظاهر «المبسوط» بل هو أظهر منه ولاسيّما إذا حلف على أنّه يستحقّ عليه المقدار الّذي ادّعى نفيه أو نحوه. ثمّ إنّه إذا كان قد كفل بإذنه فإنّه يرجع عليه سواء اعترف المكفول به أم لا.

[فيما لو تكفّل اثنان لواحد]

قوله: ﴿الثاني: لو تكفّل اثنان برجلٍ فسلّمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر﴾ كما في «التحرير[8] والتذكرة[9] والمختلف[10] والإيضاح[11] واللمعة[12]

(١ و٦) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٤٩.
(٢) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٥٩.
(٣) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩.
(٤) السرائر: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٧٨.
(٥) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٧.
(٧ و٩) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٧ و٤٠٦.
(٨) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٠.
(١٠) مختلف الشيعة: في الكفالة ج ٦ ص ١٤.
(١١) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ١٠١.
(١٢) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٧.

وجامع المقاصد[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] والكفاية[٤] واستحسنه في «الشرائع[٥]» لأنّ المقصود تسليمه وقد حصل حتّى لو سلّم نفسه أو سلّمه أجنبي برئ الكفيل لحصول الغرض، فإذا سلّمه أحد الكفيلين أولى.

وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه أم يكفي الإطلاق بل تسليمه عن نفسه؟ وجهان. وظاهر إطلاق القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقاً. وهو متّجه كما في «المسالك[٦]» وقد تقدّم مثله[٧] وهو ما إذا سلّم المكفول نفسه. ومثله يأتي[٨] في وجوب قبول المكفول له وقبضه عمّن لم يسلّم، إذ لا يجب عليه قبول الحقّ ممّن ليس عليه أو بدله. وقد تقدّم مثله[٩] وهو ما إذا سلّمه أجنبي بدون إذن الكفيل.

والقول بعدم البراءة للشيخ في «المبسوط[١٠]» وابن حمزة في «الوسيلة[١١]» والقاضي فيما حكي[١٢] عنه، لأنّه لا دليل عليه، وقد رماه جماعة كالمحقّق الثاني[١٣] والشهيد الثاني[١٤] بالضعف.

قلت: هذه الكفالة إمّا أن تكون وقعت على الترتيب أو دفعةً، لأنّ الأصل وظاهر إطلاقاتهم جواز الأمرين، وعليهما يكون الشأن فيه كما لو كان بالدّين رهنان فانفكّ

(١ و١٣) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٦.
(٢ و٦ و١٤) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٤٩ و٢٥٠.
(٣) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٢.
(٤) كفاية الأحكام: في الكفالة ج ١ ص ٦٠٢ ـ ٦٠٣.
(٥) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٧.
(٧) تقدّم في ص ٥٨٦ ـ ٥٨٧.
(٨) لم نعثر عليه فيما يأتي بل تقدّم في ص ٥٨٣.
(٩) تقدّم نقله عن التذكرة ومجمع البرهان في ص ٥٨٧.
(١٠) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩.
(١١) الوسيلة: في بيان الكفالة ص ٢٨١.
(١٢) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة: في الكفالة ج ٦ ص ١٤.

ولو تكفّل لاثنين فسلّمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر.

أحدهما فإنّه لم ينفكّ الآخر، كما تقدّم في الرهن [1] على بعض الوجوه، فقول الشيخ وأتباعه ليس بتلك المكانة من الضعف خصوصاً في صورة الترتيب، فتأمّل. ولهذا ماأقدم المحقّق على المخالفة، بل قال: لو قيل بالبراءة كان حسناً، والمصنّف وغيره [2] أتى بالأقرب.

وتظهر الفائدة فيما إذا هرب بعد تسليم الأوّل، فعلى المشهور بين المتأخّرين لا حقّ للمكفول له، وعلى قول الشيخ له الرجوع على الكفيل الثاني لبقاء حقّه عليه.

قوله: ﴿ولو تكفّل لاثنين فسلّمه لأحدهما لم يبرأ من الآخر﴾ كما في «المبسوط [3] والشرائع [4] والتذكرة [5] والتحرير [6] والإرشاد [7] واللمعة [8] والمسالك [9] والروضة [10] ومجمع البرهان [11] والمفاتيح [12]». والحاصل: أنّه لا خلاف فيه لأحد من الخاصّة والعامّة، قالوا: لأنّه بمنزلة عقدين، فهو كما لو كفل لكلّ واحدٍ منهما بانفراده، وكما لو ضمن دَينين لشخصين فأدّى أحدهما لم يبرأ من دَين الآخر. قلت:

---

(١) تقدّم في ج ١٤ ص ٣٤٨ ـ ٣٥١.
(٢) كإيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ١٠١.
(٣) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٤٠.
(٤) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٧.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٠٥.
(٦) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٠.
(٧) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٧.
(٩) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٠.
(١٠) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٣.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة ج ٩ ص ٣٢٧.
(١٢) مفاتيح الشرائع: في أحكام الكفالة ج ٣ ص ١٥٣.

الثالث:لو ادّعى إبراء المكفول فردّ المكفول له اليمين حلف وبرئ من الكفالة دون المكفول من المال.

الأظهر في التنظير أنّه كالمال المشترك بين اثنين في ذمّة آخر فإنّه لا يبرأ بالدفع لأحد الشريكين إلّا أن يكون وكيلاً عن الآخر في القبض.

[فيما لو ادّعى الكفيل ابراء المكفول]

قوله: ﴿الثالث:لو ادّعى إبراء المكفول فردّ المكفول له اليمين حلف وبرئ من الكفالة دون المكفول من المال﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والتذكرة[4] والإرشاد[5] واللمعة[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] والروضة[9] والكفاية[10]» وهو مبنيّ على أنّ القول هنا قول المكفول له مع يمينه كما هو واضح. وبه صرّح في «المبسوط[11] والسرائر[12] والتحرير[13] والتذكرة[14]» وهو قضيّة كلام الباقين.

وحاصل مرادهم: أنّ الكفيل إذا ادّعى أنّ المكفول له أبرأ المكفول وأنكر المكفول

(١ و ١١) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩.

(٢) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٧.

(٣) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١.

(٤ و ١٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٧.

(٥) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٤.

(٦) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٦.

(٧) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٦.

(٨) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥١ ـ ٢٥٢.

(٩) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٠.

(١٠) كفاية الأحكام: في الكفالة ج ١ ص ٦٠٣.

(١٢) السرائر: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٧٨.

(١٣) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١.

الرابع: لو ترامت الكفالات صحّ، فإن أُبرئ الأصيل برئوا أجمع.

له فالقول قوله مع يمينه، فإمّا أن يحلف على بقاء الحقّ، أو يردّ اليمين على الكفيل، فإن حلف برئ من دعوى الكفيل وتثبت الكفالة، ثمّ إذا جاء المكفول فادّعى البراءة أيضاً لم يكتف باليمين الّتي حلفها المكفول له للكفيل، بل عليه له يمين أُخرى، لأنّ هذه دعوى مستقلّة مغايرة لتلك، فإنّ دعوى الكفيل إنّما كانت لبراءة نفسه وإن لزمها بالآخرة دعوى براءة المكفول. وإن لم يحلف وردّ اليمين على الكفيل ـ وهو الّذي ذكره المصنّف والأكثر ـ فإذا حلف ـ أي الكفيل ـ برئ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال، لاختلاف الدعويين كما عرفت، ولأنّه لا يبرأ بيمين غيره. وهذا ممّا يشهد على أنّ اليمين المردودة أصلٌ برأسه كما حرّرناه في باب القضاء[1] وليست كالإقرار ولا كالبيّنة. ولو كانت كأحدهما برئ المكفول. نعم لو حلف المكفول اليمين المردودة على الكفيل على البراءة برئا معاً، لسقوط الكفالة بسقوط الحقّ كما لو أدّاه، وتصوير ذلك ممكن. وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئا معاً وإن كان قد حلف المستحقّ أوّلاً للكفيل على عدم الإبراء، لسقوط الحقّ بيمين المكفول فتسقط الكفالة. وهذا معنى ما في «التذكرة[2]».

[في صحّة ترامي الكفالات]

قوله: ﴿الرابع: لو ترامت الكفالات صحّ، فإن أُبرئ الأصيل برئوا أجمع﴾ قد صرّح بصحّة ترامي الكفالات في «المبسوط[3] والتذكرة[4] وجامع

---

(١) سيأتي في ج ١٠ ص ١١٢ ـ ١١٤ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٧ و ٤١٧.

(٣) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٤٠.

المقاصد[١] والمسالك[٢] والشرائع[٣] والإرشاد[٤] ومجمع البرهان[٥]» وفي الأربعة الأُول أنّه إن أُبـرئ الأصيل برئوا جميعاً. ومعناه أنّ المكفول لـه لو أبرأ الكفيل الأصيل ـ أعني الأوّل ـ برئوا جميعاً لزوال الكفالة بسقوط الحقّ، ويبرؤن جميعاً لو أحضر الأصيل مكفوله، لأنّهم فروعه. وكذا لو مات مَن عليه الحقّ ـ أعني المكفول الأوّل ـ. وتختلف أحكامهم في أُمور أُخر ستسمعها.

وبيان الترامي أنّه لمّا كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حقّ على المكفول وإن لم يكن مالاً صحّت كفالة الكفيل من كفيل ثاني، لأنّ الكفيل الأوّل عليه حقّ للمكفول له، وهو إحضار المكفول الأوّل. وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل، وهكذا، وهو المعنيّ بالترامي.

وقد تقدّم في الضمان والحوالة[٦] ورود الترامي والدور فيهما، ولا كذلك الكفالة فإنّه لا يصحّ دورها، لأنّ حضور المكفول الأوّل يوجب براءة مَن كفله وإن تعدّد فلا معنى لمطالبته بإحضار مَن كفله.

وليعلم أنّه يختلف حكم الإحضار فيهم كاختلاف حكم الإبراء والموت، فمتى أُحضر الكفيل الأخير مكفوله برئ من الكفالة خاصّة وبقي على مكفوله إحضار مَن كفله، وهكذا. ولو أحضر الكفيل الثاني الكفيل الأوّل برئ هو ومَن بعده من الكفلاء، وهكذا، وقد عرفت أنّه لو أحضر الكفيل الأوّل مكفوله برئ الجميع. وأمّا الإبراء فقد عرفت أنّه لو أبرأ المكفول لـه الكفيل الأوّل برئوا جميعاً، ولو أبرأ غيره

(١) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٧.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٢.
(٣) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٧.
(٤) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة ج ٩ ص ٣١٩.
(٦) تقدّم البحث عن الأوّل في ص ٤٤٧ ـ ٤٤٨ وعن الثاني في ص ٥٢٠ ـ ٥٢١.

الخامس: لو قال: أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه أو برأسه صحّ، إذ قد يُعبّر به عن الجملة،

من كفالته ـ أي أسقط عنه حقّ الكفالة ـ برئ من بعده دون من قبله. وأمّا الموت فمتى مات واحد منهم برئ مَن كان فرعاً له، فبموت مَن عليه الحقّ يبرأون جميعاً كما عرفت، وبموت الكفيل الأوّل يبرأ من بعده. وهل للمكفول له مطالبة ورثته بإحضار المكفول أو أداء ما عليه؟ احتمالان، والظاهر العدم كما تقدّم[1]، وبموت الثاني يبرأ الثالث ومَن بعده دون مَن قبله، وبموت الثالث يبرأ مَن بعده ولا يبرأ الأوّلان.

[فيما لو تكفّل عن أحد الأعضاء]

قوله: ﴿لو قال: أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه أو برأسه صحّ، إذ قد يُعبّر به عن الجملة﴾ كما في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] واللمعة[7] وجامع المقاصد[8] ومجمع البرهان[9]» بل لا نجد في ذلك مخالفاً قبل الشهيد الثاني[10]. وظاهر بعضهم[11] كما هو صريح آخرين[12] أنّه

---

(١) تقدّم في ص ٦٠٤ ـ ٦٠٥.

(٢) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٤١.

(٣) شرائع الإسلام: في الكفالة ج٢ ص١١٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٩١.

(٥) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

(٦) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٣.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ص ١٤٧.

(٨) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٨.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة ج ٩ ص ٣١٥ و٣١٨.

(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٣ ـ ٢٥٥.

(١١) كما في التحرير: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦، ومجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة ج ٩ ص ٣١٥، وجامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(١٢) كالعلّامة في التذكرة: في الكفالة ج ٢ ص ١٠٠ س ١، والشهيد الثاني في الروضة: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٣.

لافرق بين أن يقول كفلته بوجهه وبرأسه أو كفلت وجهه أو رأسه، لأنّه يعبّر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفاً ويراد منه الذات لعدم إمكان إحضار العضو بدونها فيصدق عليه عقد الكفالة ويندرج تحت أدلّتها، إذ المستفاد منها صحّة الكفالة على سبيل الإجمال لاخصوص صيغة بعينها. فكلّ لفظ دلّ عليها إمّا بقرينة عرف أو عدم إمكان إحضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكلّ، للأصل وإطلاق الأدلّة كما عرفت مع حمل كلام العاقل على الوجه الصحيح دون اللغو، ولاسيّما إذا صرّح الكفيل بذلك أو عرف من حاله. فكان الظاهر الصحّة كما هو مختار أساطين المذهب[1] ولاأقلّ من التفصيل بالقصد وعدمه.

ولافرق في ذلك بين المتعارف وغيره ولا بين الإطلاق ووجود القرينة، لأنّك ستعرف أنّ الإطلاق لاينفكّ عنها. ولاتصغ إلى ما ذكره الشهيد الثاني تبعاً لما احتمله المحقّق الثاني في القسم الثاني كما ستسمع، قال في «المسالك[2] والروضة[3]»: إنّ إطلاق الرأس والوجه على أنفسهما خاصّة أشهر من إطلاقهما على الجملة، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحّح مع الشكّ في حصول الشرط وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح. نعم لو صرّح بإرادة الجملة من الجزءين اتّجهت الصحّة، فالكلام عند الإطلاق وعدم قرينة تدلّ على أحدهما، فعند ذلك لا يصلح تعليل الصحّة بأنّه قد يعبّر بذلك عن الجملة.

قلت: الحمل على الوجه المصحّح وهو إرادة الجملة من الجزء يوجبه أنّه عاقل فيصان كلامه عن الهذر واللغو وأنّه عقد فيجب الوفاء به، ولا يمكن إحضار العضو وحده، فكان الإطلاق غير منفكّ عن القرينة. وحينئذٍ فلا شكّ في حصول

---

(١) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٤، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الكفالة ج ٢١ ص ٨١.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٤.

(٣) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٣.

أمّا لو قال: كفلت كبده أو غيره ممّا لا تمكن الحياة بدونه أو ثلثه وماشابهه من المشاعة ففي الصحّة نظرٌ ينشأ من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان إحضار الجزء إلّا بالجملة فيسري،

شرط الصحّة، وهو إرادة الجملة من الجزء. فالتعليل صحيح والإطلاق يراد به الجملة، وبعد ثبوت كونه عقداً جامعاً لشرط الصحّة لا يمكن التمسّك بأصل البراءة.

وممّا ذكر يُعلم الحال في القسم الثاني وهو الأجزاء الّتي لا يعيش بدونها وما في حكمها كما ستسمع.

قوله: ﴿أمّا لو قال: كفلت كبده أو غيره ممّا لا تمكن الحياة بدونه أو ثلثه وماشابهه من المشاعة ففي الصحّة نظرٌ ينشأ من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان إحضار الجزء إلّا بالجملة فيسري﴾ الأقرب الصحّة كما في «التحرير[1]» وهو الوجه كما في «التذكرة[2] ومجمع البرهان[3]» وهو قضية كلام «الشرائع[4]» لما عرفته آنفاً من أنّ كفالة الجزء الّذي لا تمكن الحياة بدونه تفضي إلى كفالة المجموع، لأنّ إحضاره لا يمكن إلّا بإحضار المجموع.

وقال في «جامع المقاصد»: ولقائل أن يقول: إنّ إحضاره وإن كان غير ممكن بدون إحضار المجموع لا يقتضي الصحّة، لأنّ الإحضار فرع الكفالة، والمطلوب إنّما هو صحّة الكفالة وإحضار ذلك العضو، وحيث إنّ صحّتها إنّما تكون بكفالة المجموع ولم يصحّ هاهنا، إذ المتكفّل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه، وإن كان حكم الكفالة ـ وهو إحضار ذلك العضو ـ غير ممكن إلّا بإحضار المجموع، والعقود أسباب

---

(١) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٩١.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الكفالة ج ٩ ص ٣١٥.

(٤) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٨.

وكذا لو كان جزءً يمكن الحياة مع انفصاله كيده ورجله.

متلقّات من الشرع فلابدّ في صحّتها من النصّ، مع أنّ التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف[1]. انتهى. وهذا ما أشرنا إليه آنفاً. وتبعه على جميع ذلك صاحب «المسالك» واستوجه البطلان في كتابيه[2]. ومثله الشهيد في «حواشيه[3]» وقد عرفت الحال في ذلك بما لا مزيد عليه* من أنّ المراد كفالة المجموع لأنّه كناية عنه أو يستلزمه لأنّه عاقل، ولأنّ هذا عقد وأنّ إطلاق نصوص الباب تشمله، فالحظ جميع ما ذكرناه آنفاً.

قوله: ﴿وكذا لو كان جزءً يمكن الحياة مع انفصاله كيده ورجله﴾ أي هذا كالأوّل فيه وجهان ناشئان من عدم السريان وإمكان الانفصال مع بقاء الحياة ومن إحضار ذلك على صفته لا يكون إلّا بإحضار البدن. وعدم الصحّة هنا خيرة «المبسوط[4] والشرائع[5] والإرشاد[6] واللمعة[7] والحواشي[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11]» واستحسنه في «التحرير[12]» ولم يرجّح في

---

* ـ من أنّ المستفاد من أدلّة الكفالة صحّتها على سبيل الإجمال لا خصوص صيغةٍ بعينها، وأنّ كلّ لفظ دلّ عليها ولو بقرينة عدم إمكان إحضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكلّ. (منه ﴿قُدِّسَ سِرُّهُ﴾).

(١ و ٩) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٨ و ٣٩٩.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٥، والروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٨.
(٣) لم نعثر عليه في الحاشية المنسوبة إليه وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
(٤) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٤١. (٥) شرائع الإسلام: في الكفالة ج ٢ ص ١١٨.
(٦) إرشاد الأذهان: في الكفالة ج ١ ص ٤٠٢. (٧) اللمعة الدمشقية: في الكفالة ج ١٤٧.
(٨) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.
(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٥.
(١١) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٨.
(١٢) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٦٦.

السادس: لو هرب المكفول أو غاب غَيبةً منقطعةً فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته، ويُحتمل الصبر.

«التذكرة[١]». قلت:لو قيل بالصحّة لم يكن بعيداً، ونِعم ما قال في «المسالك»: لا يبعد القول بالصحّة لمن يقول بها فيما سبق[٢]، انتهى. وأمّا إذا علم من قصده بيده إرادة الجملة فالأشبه بأُصول المذهب بل الأقوى الصحّة خلافاً «للروضة[٣]» حيث قال فيها: لا يصحّ وإن قصدها بهما مجازاً.

[في ما لو هرب المكفول أو غاب]

قوله: ﴿لو هرب المكفول أو غاب غَيبةً منقطعةً فـالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته، ويُحتمل الصبر﴾ ما قرّبه المصنّف هو الّذي صحّحه صاحب «جامع المقاصد[٤]» لأنّ ذلك مقتضى الكفالة فإنّها تقتضي إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ، وهو المسقط للحقّ أو موت المكفول، وأنّ الكفيل وثيقة على الحقّ كالرهن، فإذا تعذّر استيفاء الحقّ من جهة مَن عليه استوفي من الوثيقة، ولعلّه لا ينافي ما سبق له وللتذكرة ممّا يقضي بأنّ مقتضى الكفالة إنّما هو الإحضار، ويجوز الاكتفاء عنه بأداء المال، لأنّه له أن يقول: إذا رضي بالأداء وجب، فتأمّل.

وأمّا الاحتمال الثاني فهو خيرة «التذكرة[٥]» وكذا «التحرير[٦]» على إشكال له

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٩١. (٢) مسالك الأفهام: في أحكام الكفالة ج ٤ ص ٢٥٥.
(٣) الروضة البهية: في الكفالة ج ٤ ص ١٦٨.
(٤) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٩.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٠.
(٦) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٠.

فيه، لأنّ الإحضار واجب مع الإمكان، وإذا غاب غَيبةً انقطع خبره بها كان إحضاره ممتنعاً، فكان بمنزلة ما لو مات، ولأنّ وجوب الإحضار إذا سقط لم يجب المال، لأنّه لم يتعهّد به، ووجوبه مع وجوب الإحضار حين إمكانه إذا لم يأت به ورضي بالمال لا يقتضي وجوبه بدونه. وهذا أشبه بأُصول الباب وأخباره، إذ ليس فيها تخيير، وإنّما فيها الأمر بالإحضار وظاهرها أنّه مع الإمكان العرفي كما تقدّم[1] بيان ذلك كلّه، وقد نسبناه إلى الأصحاب من صريحٍ وظاهر. وهذا عين الثالث على الظاهر كما ستعرف. وضعّف[2] بمنع كون إحضاره مع الغَيبة المنقطعة ممتنعاً بل هو أمرٌ ممكن، فيجب على الكفيل تتبّعه في البلاد أو أداء ما عليه. ولا يخفى ما فيه من الضرر العظيم أو تكليف ما لا يطاق، مع فرضه* التعذّر في الاستدلال لا وجه لذكر الإحضار حينئذٍ في الكتاب.

وأمّا الثالث فهو خيرة «الإيضاح[3]» مستنداً إلى أصالة بقاء الكفالة ولا تتناول المال فيتوقّع المكنة، وإلّا لزم تكليف ما لا يطاق.

والفرق بين الهرب والغَيبة المنقطعة أنّ الهارب يعلم موضعه لكنّه متى توجّه إليه هرب إلى موضعٍ آخر، وهكذا فكان بذلك كالغَيبة المنقطعة.

هذا وقد ذكر في «التذكرة» فروعاً، منها: أنّه لو فرّط الكفيل في إحضاره بأن طالبه المكفول له بإحضاره وكان متمكّناً منه فهرّبه أو ماطل بإحضاره حتّى غاب غَيبةً منقطعة، فإن أوجبنا المال وجب هنا، وإلّا فإشكال[4]. ونحوه ما في «جامع

* ـ لا يخفى وقوع خلل في العبارة إلى قوله «الكتاب».

(١) تقدّم في ص ٥٧٩ ـ ٥٨٨.
(٢) كما في جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٣٩٩.
(٣) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ١٠١.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١١.

السابع: يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلّا فلا إن كان متبرّعاً، وإلّا فكالأوّل.

المقاصد[١]». ومنها: أنّه لو كان غائباً حين كفل فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة[٢]. ونحوه ما في «جامع المقاصد[٣]» وفي الأخير: أنّه لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر إلى زمان إمكان إحضاره. ولو رجا تخليصه بوجهٍ وجب عليه السعي فيه، ولو احتاج إلى بذل مال فإشكال. وهذا منه كرّ على مذهب الإيضاح.

[في وجوب حضور المكفول مع الكفيل عند الطلب]

قوله: ﴿يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلّا فلا إن كان متبرّعاً، وإلّا فكالأوّل﴾ يجب على المكفول الحضور إذا طلبه منه المكفول له حيث يجوز له طلبه كأن كانت حالّة أو بعد حلول الأجل، سواء كان تكفّل بإذن المكفول أو ابتداءً ـ أي تبرّعاً ـ كما في «التذكرة[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦]». أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فلأنّ المكفول له أمره بإحضاره، فهو بمنزلة وكيله بمطالبته بالحضور فلا يجوز له الامتناع. وليس ذلك من جهة الكفالة كما وجّه ذلك بذلك في «التذكرة[٧] وجامع المقاصد[٨]».

وعلى الثاني ـ أي حيث يكون قد كفّله تبرّعاً ـ إذا لم يطلب إحضاره من الكفيل ولم يقل له أخرج من حقّي ولا أخرج من كفالتك ولكن أراد الكفيل المتبرّع إحضاره لا يجب عليه الحضور، لأنّه متبرّع بالكفالة، فلا حقّ له على المكفول ولا توكيل

(١ و٣ و٦ و٨) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٠ ـ ٤٠١.
(٢ و ٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٢.
(٥) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١.

كما في «التحرير[١] وجامع المقاصد[٢]» وإليه أشار المصنّف بقوله «وإلّا فلا إن كان متبرّعاً». ومعناه إن لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور لكن يدخل فيه ما إذا لم يطلبه بأن لم يقل له: أحضره، لكن قال له: أخرج من حقّي، إذ قضية كلام المصنّف أنّه لا يجب عليه الحضور. وهو خيرة «التحرير[٣]» وظاهر كلام ابن المتوّج فيما حكاه الشهيد[٤] عنه، لأنّ ذلك ليس توكيلاً في الإحضار، إذ هو طلب الحقّ فلا تجب المتابعة. وفي موضع من «التذكرة» أنّ الأقرب أنّه يجب عليه الحضور، لأنّ ذلك يتضمّن الإذن في إحضاره[٥]. ونفى عنه البُعد في «جامع المقاصد[٦]» وفي موضعٍ آخر من «التذكرة» لا ترجيح[٧].

وعلى الأوّل ـ أي حيث يكون قد كفله بإذنه ـ فإنّه تجب عليه المتابعة حيث يطلبه الكفيل، سواء طلبه منه المكفول أو لا، كأن لم يطلبه أصلاً ولا قال له: أخرج من حقّي، أو قال له: أخرج من حقّي ولم يقل له: أحضره كما في «التذكرة[٨] والتحرير[٩] وجامع المقاصد[١٠]» وهو المحكيّ[١١] عن ابن المتوّج، لأنّه سلّطه على نفسه بالإذن في الكفالة، بل في «جامع المقاصد» أنّه قطعي[١٢]. وإليه أشار المصنّف بقوله «وإلّا فكالأوّل» إذ معناه أنّه إن لم يكن متبرّعاً بل كانت الكفالة بالإذن فكالأوّل، يعني ما إذا طلب المكفول له من الكفيل إحضار المكفول فإنّه تجب عليه المتابعة كما عرفت.

وعلى كلّ حال حيث يجب عليه الإحضار فمؤنته أي الإحضار عليه أي الكفيل كما نصّ عليه في «التذكرة[١٣]». قلت: إن كان كفل بإذنه فالظاهر أنّه يرجع عليه بها في بعض الوجوه، وإلّا فلا. ولو أدّى المال في شيءٍ من هذه المواضع، فإن كان متبرّعاً بأدائه لم يرجع قطعاً وإن كان قد كفل بإذنه، وإذا أدّى مع تعذّر إحضاره ومطالبة

(١ و٣ و٩) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧١.
(٢ و٦ و١٠ و١٢) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠١.
(٤ و١١) لم نظفر على موضع حكاية الشهيد عن ابن المتوّج ولا على كتابٍ له يوجد فيه قوله، فراجع.
(٥ و٧ و٨ و١٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٣٩٤ و٤١٢.

الثامن: لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة،

المكفول له وتضييقه عليه فله الرجوع عليه قطعاً مع إذنه في الكفالة، والظاهر منهم ذلك أيضاً مع التبرّع كما هو صريح الكتاب فيما يأتي[1] و«التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]» لأنّه أدّى دَينه بإذنٍ شرعيّ فيستحقّ الرجوع، ولا يخلو عن تأمّل. وقد نسبه في «المسالك» إلى ظاهرهم[4]. وإذا تمكّن من الإحضار وأدّى المال فالأقرب أنّه لا يرجع، لأنّ الواجب الإحضار مع الإمكان وقد أمكن فيكون متبرّعاً في أداء المال، سواء حبس مع ذلك أم لا كما في «التذكرة[5] والمسالك[6]» وكذا «جامع المقاصد[7]» وقد تقدّم بيان ذلك كلّه مفصّلاً.

[في براءة الكفيل لو أسلم على الخمر]

قوله: ﴿لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة﴾ كما في «التذكرة[8] والتحرير[9]» ومعناه أنّه إذا كان لذمّي على ذمّي خمر وكفله ذمّي آخر ثمّ أسلم الكفيل فإنّه يبرأ من الكفالة، لامتناع كون المسلم كفيلاً بالخمر، فتبطل الكفالة ويبقى الحقّ بين الذميّين كما كان. وظاهر «التذكرة[10]» أنّه لا مخالف فيه أيضاً من العامّة.

وقد استضعفه جدّاً في «جامع المقاصد» لأنّ الكفالة ليست بالخمر بل بمن عليه الخمر، وهو حقّ بالنسبة إلى الذميّين، ولهذا يمنع المسلم من التعرّض إليه ويضمن قيمته لو أتلفه مع عدم التظاهر. قال: بل قد بالغ السيّد الفاضل عميدالدين

---

(١) سيأتي في ص ٦٤٤.

(٢ و٥ و٨ و١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٢٢ و٤١٢ و٤١٩.

(٣ و٧) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠١.

(٤ و٦) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٧.

(٩) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٢.

فجوّز كفالة المسلم للذمّي إذا كان في ذمّته خمر أو خنزير لذمّيٍّ آخر محتجّاً بأنّ الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحقّ للمكفول له في ذمّة الكفيل، وهو هنا كذلك. ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا إلى مجلس الحكم لو طلبه المستحقّ، فلا مانع من صحّة الكفالة أصلاً. قال: وما ذكره حسن[1]. وجعل الإشكال في كلام المصنّف متناولاً للمسألة.

وأنت خبير بأنّ مقتضى الكفالة الإحضار، فإن امتنع من إحضاره حبس حتّى يحضره أو يؤدّي ما عليه. وكذا لو امتنع عليه إحضاره على رأي فإنّه يلزم بالمال، ومن المعلوم أنّ الخمر مثلية، فإلزام المسلم بها هو أن يأتي بمثلها لا بقيمتها، ومن المعلوم أنّ الخمر لا تجب على المسلم ولا على الكافر، لأنّه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر، فعاد الأمر بالأخرة إلى كون المسلم كفيلاً بالخمر كما قالوه، فلا وجه لقوله «إنّ الكفالة ليست بالخمر» وما استضعفه قويّ جدّاً إن لم يكن متعيّناً، وما استحسنه غير سديد وإن ذهب إليه الفاضل السيّد العميد، مضافاً إلى مخالفة الاعتبار مع التظاهر في الأمر وهو حبس المسلم لأجل كأسٍ لذمّي من خمر، لأنّهم متى تظاهروا بالخمر زال احترامها.

فإن قلت: لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها. قلنا: الحكم باستحقاقها ينجرّ إلى الإظهار، لأنّه يحبس حتّى يؤدّي، وذلك منافٍ للاستتار كما ذكر ذلك كلّه في غصب «جامع المقاصد[2]» فيما إذا أتلف الكافر لمثله خمراً فإنّه قال: يجب عليه القيمة دون المثل مستنداً إلى ما ذكرنا، وبذلك تفارق الكفالة الإتلاف الّذي استندا إليه، فإنّه يضمن قيمتها سرّاً، وليس للكافر المطالبة بها وإنّما يطالبه الحاكم ولا يتأتّى مثل ذلك في الكفالة. هذا إن قلنا بضمان المسلم لها إذا أتلفها من غير المتجاهر. وإن قلنا بالعدم فالأمر واضح.

---

(١) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٢.
(٢) المصدر السابق: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٣ ـ ٢٢٤.

ولو أسلم أحد الغريمين برئ الكفيل والمكفول على إشكالٍ فيهما، أمّا لو كان ضماناً فإنّه لايسقط بإسلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظرٌ.

[في ما لو أسلم الغريم أو أحد الغريمين]

قوله: ﴿ولو أسلم أحد الغريمين برئ الكفيل والمكفول على إشكال فيهما﴾ يريد أنّه لو أسلم أحد الذمّيين المكفول له أو المكفول به في الفرض المذكور آنفاً برئ الكفيل والمكفول كما جزم بذلك في «التحرير[1] والتذكرة[2]» لأنّ الخمر لاتجب على المسلم إذا كان هو المكفول ويمتنع استحقاقه إيّاها إذا كان المكفول له فيبرأون جميعاً. قلت: كما لو اقترض ذمّي من مثله خمراً ثمّ أسلم أحدهما فإنّه يسقط القرض، كما جزم بذلك أيضاً المصنّف من دون إشكال في الفرع العاشر من باب القرض من الكتاب[3]، وفي «التذكرة[4] والتحرير[5] والدروس[6] وجامع

---

(١) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٩.

(٣) تقدّم في ج ١٥ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في حكم القرض ج ١٣ ص ٥٠.

(٥) تحرير الأحكام: في القرض ج ٢ ص ٤٥٧.

(٦) الموجود في الدروس في باب القرض (ج ٣ ص ٣٢٤) التصريح بلزوم القيمة في المقام، قال: التاسع: لو أسلم مقرض الخمر أو مقترضه سقط، والأقرب لزوم القيمة بإسلام الغريم، انتهى. نعم ظاهر كلامه في باب السلم (ج ٣ ص ٢٦٠) الحكم بالبراءة مطلقاً حيث قال في اللواحق: ولو أسلم أحد الغريمين أو هما فالسلم بحاله، إلّا أن يكون السلم فيه خمراً أو خنزيراً ولم يقبضا فيبطل، انتهى. فإنّ ظاهر قوله «فيبطل» نفي الضمان عن العين والقيمة معاً، وظاهر كلامه يفيد التفصيل بين إسلامه قبل القبض وبعده حيث قيّد البطلان بما قبل القبض، ولكنّه بعيد، فإنّ الإسلام إن أوجب نفي الضمان أوجبه مطلقاً، ويمكن أن يقال: إنّ الإسلام لو وقع بعد القبض فهو من وقوعه بعد الفراغ عن المعاملة فهو مثل إسلامه بعد اشتراط الخمر أو ←

المقاصد[1]» مستندين إلى أنّه لا يجب على المسلم أداء الخمر ولا قيمته، لأنّه من ذوات الأمثال. وقالوا في باب السلم[2] فيما إذا أسلم كافر إلى كافر في خمر فأسلم أحدهما قبل القبض: إنّه يحتمل بطلان السلم ـ وهو خيرة «الكتاب وجامع المقاصد[3]» هناك ـ والسقوط لا إلى بدل.

والمصنّف هنا استشكل. ومثله ولده في «الإيضاح[4]» حيث لم يرجّح ممّا ذكر، ومن أنّ الواجب بالنسبة إلى المسلم القيمة عند مستحلّيه، والأصل بقاء الكفالة، لكنّهم قالوا[5] فيما إذا عقد الذمّيّان على الخمر ثمّ أسلما أو أسلم أحدهما: إنّ المهر ينتقل إلى القيمة، واستندوا إلى أنّ التعذّر الشرعي كالتعذّر الحسّي. وجماعة[6] قالوا بالفساد وأنّه ينتقل إلى مهر المثل. وقال الأكثر على ما قيل[7]: لو كاتب الذمّي عبده على خمر ولم يقبضه أنّه ينتقل إلى قيمة الخمر وأنّه لا يلزمه قيمة نفسه ولا تبطل. وجماعة[8] قالوا بالبطلان. وقد يجاب[9] عن الكتابة بأنّها من قبيل العتق المبني على التغليب

← الخنزير الّذي لا يرتبط بالمعاملة الواقعة قبل ذلك ثمّ إنّه لم يكتب في الكفالة شيئاً حتّى نرى نظره الشريف.

(١) جامع المقاصد: في الدَين ج ٥ ص ٣٦ ـ ٣٧.

(٢) كما تقدّم في ج ١٣ ص ٨٠٥ ـ ٨٠٧.

(٣) جامع المقاصد: في السلف ج ٤ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٤) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ١٠٢.

(٥) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في المهور ج ٢ ص ٣٢٤، والعلّامة في تحرير الأحكام: في الصداق ج ٣ ص ٥٤٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في المهر الصحيح ج ٨ ص ١٦١.

(٦) الخلاف: في الصداق ج ٤ ص ٣٦٣ مسألة ١، وابن إدريس في السرائر: في باب المهور ... ج ٢ ص ٥٧٧، والصيمري في غاية المرام: في المهور ج ٣ ص ١٣٤.

(٧) كما في رياض المسائل: في مكاتبة العتق ج ١١ ص ٣٧٩ ـ ٣٨٠.

(٨) منهم الشيخ في النهاية: باب المهور من النكاح ص ٤٦٩، والشيخ حسين البحراني في عيون الحقائق الناضرة: في العتق ج ١ ص ٣٨٢، والسبزواري في كفاية الأحكام: في المكاتبة ج ٢ ص ٤٦٧.

(٩) كما في كشف اللثام: في كتابة العتق ج ٨ ص ٤٦٨.

والمسامحة فيه، وكذا النكاح لأنّ فيه شبهاً بالعبادة.

واعلم أنّ الكلام إنّما هو في الخمر، وأمّا الخنزير في هذه الأبواب فإنّه ينتقل إلى قيمته، لأنّه قيمي، ومدار الأمر في نحو المسألة أنّ تعذّر المثلي هل هو بتعذّره في ذلك القطر أو بتعذّره ولو بحكم الشرع؟ والظاهر أنّ تعذّر القيمي كالخنزير شرعاً يقوم عندهم مقام التعذّر الحسّي. وتوجيه الفرق ممكن إلّا على القول بأنّ القيمي يجب مثله أوّلاً ثمّ ينتقل إلى قيمته.

وحقّق في «جامع المقاصد[1]» تحقيقاً نسبه في «التذكرة» إلى أبي حنيفة[2] ـ وقال المصنّف فيها أي «التذكرة»: إنّه غلط[3] ـ وهو أنّه إن كان المسلم هو مستحقّ الخمر سقطت الخمر وقيمتها لامتناع ملكها له، والأصل براءة ذمّة الذمّي من وجوب قيمتها، وحيث كان المانع منه انتفى استحقاقه القيمة، وإن كان المسلم هو مَن عليه الخمر كان عليه القيمة، لأنّه بإسلامه منع الخمر المستحقّة في ذمّته لذمّي مستتر فيجب الانتقال للقيمة. وهلّا فصّل هذا التفصيل في القرض والسلم مع أنّه لا فرق كما نصّ عليه الشهيد في «حواشيه[4]» وقد قال في «جامع المقاصد» في باب السلف أن تخيّل أنّه بإسلامه منع الخمر المستحقة فكان بمنزلة إتلافها ليس بشيء، لأنّه لم يتلف شيئاً ولا تسبّب في الإتلاف[5]. فما حقّقه هنا قال هناك: إنّه ليس بشيء، وقد نبّهنا في باب القرض[6] على اختلاف رأيه في الأبواب الثلاثة.

وعلى تقدير صحّة ما قاله في «جامع المقاصد[7]» من الانتقال إلى القيمة هل يبرأ الكفيل أو لا؟ يحتمل الأوّل، لأنّه إنّما كفل على حقّ حاضر وقد زال ووجب

(١ و٧) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٢.

(٢ و٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤١٩.

(٤) لم نعثر عليه.

(٥) جامع المقاصد: في السلف ج ٤ ص ٢٥٠.

(٦) تقدّم في ج ١٥ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.

التاسع: لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخفّ لم يرجع به على أحدٍ وإن قصد الرجوع به، أو قال له بعضهم: ألقه فألقاه.

غيره ولا كفالة على المتجدّد، والثاني، لأنّ الكفالة على الإحضار، وهو هنا أقوى لأنّ إيجاب القيمة أقوى من وجوب الخمر.

[في ما لو ألقى بعض ركبان السفينة متاعه خوفاً]

قوله: ﴿لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخفّ لم يرجع به على أحدٍ وإن قصد الرجوع به، أو قال له بعضهم: ألقه فألقاه﴾ هذه المسألة قد تُذكر في باب الضمان[1] وفي باب الكفالة وفي باب الديات[2] وقد استوفينا الكلام فيها وفي أطرافها في باب الديات.

وكيف كان، فالمستفاد من كلامهم في المسألة في الأبواب الثلاثة أنّ السفينة إذا أشرفت على الغرق جاز إلقاء بعض أمتعتها في البحر، وقد يجب رجاء نجاة الراكبين إذا خيف عليهم، فيجب إلقاء ما لا روح له وإن علت قيمته لنجاة ذي الروح، ولا يجب إلقاء الحيوان إذا حصل الغرض بغيره، وإذا مسّت الحاجة إلى إلقاء الحيوان قدّمت الدوابّ لبقاء بني آدم. ولا فرق بين العبيد والأحرار، فلا يقدّم العبد على الحرّ. ولعلّهم يريدون ببني آدم ما كان معصوم الدم كالمسلم والذمّي والمعاهد، لا المرتدّ والزاني المحصن والحربي واللائط فهذه تقدّم على الدوابّ إلّا الكلب العقور والخنزير

---

(١) تقدّم في ص ٤٥٦ ـ ٤٥٧.

(٢) سيأتي في ج ٥ ص ٤٤٩ وج ١٠ ص ٣٤٢ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

والفواسق الخمس فإنّه يتخيّر كما نبّهوا على ذلك في باب التيمّم [١] والأطعمة [٢].

وقال المحقّق الثاني: إذا قطع بغرق السفينة وهلاك بعض أهلها وبسلامتها لو ألقى المال في البحر ففي وجوب الإلقاء لإنقاذ الغير من الهلاك إشكال [٣]، انتهى.

ونحو ذلك ما في «الخلاف [٤] والسرائر» في مثله من أنّه لو اضطرّ إلى طعام الغير ـ يعني لحفظ نفسه ـ لم يجب على الغير إعطاؤه، لأنّ الأصل براءة الذمّة وإيجاب ذلك يحتاج إلى دليل [٥]. وفي «التحرير [٦] والكتاب [٧]» فيما يأتي لو امتنع المالك من بذله بالأكثر من ثمنه حلّ للمضطرّ قتاله وكان دم المالك هدراً ودم المضطرّ مضموناً. ونحو ذلك ما في «المبسوط [٨]» من أنّ المضطرّ أولى من المالك بطعامه، وحكي [٩] ذلك عن غير المبسوط وظاهرهم في باب اللقطة [١٠] الإطباق على ذلك، ولا دليل

---

(١) منهم العلّامة في نهاية الإحكام: في التيمّم ج ١ ص ١٨٩، وروض الجنان: ص ١١٧، والرياض: ج ٢ ص ٢٩٤.

(٢) كما في قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٣٣٥، والدروس: ج ٣ ص ٢٤، ومجمع الفائدة: ج ١١ ص ٣١٢ ـ ٣١٣.

(٣) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٤.

(٤) الخلاف: في الأطعمة ج ٦ ص ٩٥ مسألة ٢٤.

(٥) السرائر: في الأطعمة المحظورة والمباحة ج ٣ ص ١٢٦.

(٦) تحرير الأحكام: في الأطعمة والأشربة ج ٤ ص ٦٤٦.

(٧) قواعد الأحكام: في الأطعمة والأشربة ج ٣ ص ٣٣٥.

(٨) المبسوط: في الأطعمة ج ٦ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٩) إن كان مراده من «غير المبسوط» غيره من سائر كتب الفقهية فقد حكاه نفسه في باب الديات: ج ١٠ ص ٣٤٤ (من الطبعة الرحلية) عن جماعة كالمبسوط والشرائع والتحرير والمسالك وكشف اللثام وكفالة التذكرة والكتاب وجامع المقاصد، وإن كان المراد منه غير المبسوط من كتب الشيخ فلم نجد الفرض مطرحاً في الخلاف فضلاً عن الفتوى فيه وكذا الأمر في نهايته، فراجع وتدبّر.

(١٠) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٧، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥، والمحقّق في شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.

لهم إلّا قوله صلى الله عليه وآله: من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى [١]. فانظر إلى هذا الاختلاف، ولعلّ التفصيل بالطلب وعدمه أولى كما ستسمع.

وإذا قصر من لزمه الإلقاء فعليه الإثم دون الضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطرّ حتّى هلك إذا لم يطلب المضطرّ منه. وكذا كلّ من رأى إنساناً في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه. نعم لو اضطرّ إلى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه فمنعه إيّاه مع غنائه في تلك الحال فمات ضمن المطلوب منه، لأنّه باضطراره إليه صار أحقّ من المالك. ولو أخذه قهراً فمنعه إيّاه عند طلبه سبب لهلاكه كما نصّ عليه في «التحرير [٢]».

وقد يقال [٣]: إنّ الطالب نوعان: طالب بلسان حاله، وآخر طالب بمقاله، وقد قالوا في باب الزكاة والخمس: إنّ الفقراء طالبون بلسان الحال [٤].

فإذا ألقى متاع نفسه أو متاع غيره بإذنه رجاء السلامة فلا ضمان على أحد. ولو ألقى متاع غيره بغير إذنه وجب عليه الضمان، لأنّه أتلفه بغير إذنه من دون أن يلجئه إلى الإتلاف، فكان كما إذا أكل المضطرّ طعام الغير، وليس كما إذا صال عليه البعير المغتلم فقتله دفعاً عن نفسه، لأنّه هنا ألجأه إلى الإتلاف.

ويبقى سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه لتخليص غيره من الغرق فإنّه حينئذٍ لا ضمان على أحد وبين طعام المضطرّ وإيجار الطعام في حلقه فإنّه يرجع عليه بقيمته إذا كان ذا مال.

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب القصاص في النفس ح ٤ ج ١٩ ص ٩.

(٢) تحرير الأحكام: في الأطعمة والأشربة ج ٤ ص ٦٤٦.

(٣) لم نعثر على قائل هذا القول في المقام في الكتب الموجودة لدينا.

(٤) منهم المحقّق في المعتبر: في وقت وجوب الزكاة ج ٢ ص ٥٥٣، والعلّامة في المنتهى: في وقت إخراج الزكاة ج ٨ ص ٢٨٢ وفي قسمة الخمس ومصرفه ص ٥٦٥، والسيّد الموسوي العاملي في المدارك: في وقت تسليم الزكاة ج ٥ ص ٢٨٩.

وجوابه: أنّ الملقي لمتاع نفسه إن شمله الخوف فهو ساعٍ في تأدية واجب، وهو تخليص نفسه وإن حصل بذلك تخليص غيره، فلا يرجع على غيره، ولا كذلك صاحب الطعام مع المضطرّ للإذن من الشارع حيث أوجبه، وهو مقتضٍ للرجوع، وإن لم يشمله الخوف فالفرق أنّ المطعم مخلص لا محالة وملقي المتاع غير دافع لخطر الغرق، لأنّه يحتمل أن يغرق وأن لا يغرق، فكان الأوّل كشرب الخمر لدفع العطش، والثاني كشربها للتداوي، وأمّا حيث يقطع بعدم الغرق إذا ألقى فقد يفرق بالمباشرة في المضطرّ وعدمها في أصحاب السفينة، أو يقال: إنّهم يلتزمون ذلك في ذلك، فليتأمّل جيّداً.

إذا تقرّر ذلك فعد إلى عبارة الكتاب، أمّا الأوّل فظاهر، وأمّا الثاني وهو الحكم بعدم الضمان فيما إذا قال له بعضهم: ألقه، فألقاه من دون أن يقول: وعليّ ضمانه، فقد صرّح به في ديات «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والمسالك[4] وكشف اللثام[5]» وكفالة «التذكرة[6] وجامع المقاصد[7]» للأصل. وهو كما لو قال: أعتق عبدك فأعتقه، أو: طلّق زوجتك فطلّقها. والفرق بينه وبين قوله: أدّ دَيني فأدّاه، أو: اضمن عنّي فضمن عنه حيث يرجع عليه إن أدّى أو ضمن وأدّى أنّه لمّا أدّى أو ضمن وأدّى فقد وصل إليه النفع، ولا كذلك إلقاء المتاع فإنّه قد يفضي إلى النجاة وقد لا يفضي، فلا يضمن إلّا مع التصريح. ولعلّ الأصل فيه أنّ الضمان على خلاف الأصل، وهذا النوع منه

---

(١) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٧٠ ـ ١٧١.
(٢) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٨.
(٣) تحرير الأحكام: في الجنايات في الخطأ وشبيه العمد ج ٥ ص ٥٣٤.
(٤) مسالك الأفهام: في تزاحم الموجبات ج ١٥ ص ٣٨٤.
(٥) كشف اللثام: في الفصل الخامس فيما يوجب التشريك ج ١١ ص ٢٩٧.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٢٠.
(٧) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٣ ـ ٤٠٤.

أمّا لو قال له: ألقه وعليَّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة.

على خلاف الأصل في الضمان، لأنّه ضمان ما لم يجب فيقتصر على المتيقّن. وقوله «أدّ عنّي واضمن عنّي» قد تضمّن وكالة في الاستقراض والأداء، ولا كذلك ما نحن فيه.

قوله: ﴿أمّا لو قال له: ألقه وعليَّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة﴾ كما صرّح به في «الشرائع[1]» وغيرها[2]. بل في «الخلاف» أنّ عليه إجماع الأُمّة وخلاف أبي ثور شاذّ لا يعتدّ به[3]. وهو معنى قوله في «المبسوط[4]»: أن لا خلاف فيه إلّا من أبي ثور، فكان كما لو قال أطلق هذا الأسير ولك عليَّ كذا وأعتق عبدك عنّي على كذا. وعن «الخلاف» أنّ عليه إجماع الأُمّة[5]. وقد يلوح من ضمان «التحرير[6]» التأمّل في ذلك، لأنّه خارج عن الأصل، لأنّه ضمان ما لم يجب. وفي ضمان «التذكرة[7]» وكفالة «جامع المقاصد» لو قلنا إنّه جعالة خلصنا من الإلزام[8].

وليعلم أنّ الضمان إنّما يجب على الملتمس بشرطين، أحدهما: أن يكون الالتماس

---

(١) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٨.

(٢ و٨) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٤.

(٣) الخلاف: في الديات ج ٥ ص ٢٧٥ مسألة ٩٥. (٤) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١١٧.

(٥) الحاكي عنه هو الفاضل الهندي في كشف اللثام: الفصل الخامس فيما يوجب التشريك ج ١١ ص ٢٩٨.

(٦) تحرير الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ٥٥٢.

(٧) لم نظفر في التذكرة على ذكر هذا الفرع فضلاً عن حكمه فيه، إلّا أنّه ذكر في المسألة التاسعة من النظر الخامس في الحقّ المضمون به كلّي ما يشمله حكمه حيث قال: مسألة في ضمان ما ليس بلازم في الحال وله مصير إلى اللزوم، والأصل في وضعه الجواز كمال الجعالة ـ إلى أن قال: ـ وأمّا مال المسابقة والمنازلة فمبنيّ على أنّ عقدهما جعالة أو إجارة فإن كان إجارة صحّ الضمان، وإن كان جعالة فهو كضمان الجعل ... إلى آخره، انتهى. راجع التذكرة: ج ١٤ ص ٣١٧، فإنّ مسألة مقامنا هذا من البحث في مال المنازلة الّتي إن قلنا فيها إنّها من الجعالة فهو كضمان الجعل الّذي ليس بلازم، بخلاف ما لو قلنا أنّه كضمان الإجارة فإنّه حينئذٍ يكون لازماً، فراجع وتأمّل. نعم ذكره في باب الكفالة ج ١٤ ص ٤٢١ فراجع.

ولو قال: عليَّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا، فإن قال: أردت التساوي لزمه قدر نصيبه.

عند خوف الغرق كما ستعرف. الثاني: أن لا تختصّ فائدة الإلقاء بصاحب المتاع كما ستسمع أيضاً، فلو اختصّت به بطل ولم يحلّ له أخذه، لأنّه فعل ما هو واجب لمصلحته كما لو قال للمضطرّ: كل طعامك وأنا ضامن، فأكل فإنّه لا يرجع على الملتمس.

ومن هنا يُعلم أنّ فائدة التخلّص بإلقاء المتاع تفرض على وجوه خمسة، الأوّل: أن تختصّ بصاحب المتاع. الثاني: أن تختصّ بالملتمس فيجب الضمان. الثالث: أن تختصّ بغيرهما فيجب الضمان، لأنّه غرض صحيح في محلّ الحاجة. الرابع: أن تعمّ صاحب المتاع وغيره، فيجب الضمان مع احتمال تقسيط المال على مالكه وسائر مَن فيها، فيسقط قسط المالك ويجب الباقي، فلو كان معه واحد وجب نصف الضمان. الخامس: أن يكون في الإلقاء تخليص الملتمس وغيره، فيجيء الاحتمال في سقوط حصّة المالك.

هذا وقيمة الملقى إنّما تعتبر حين الإلقاء، لأنّه وقت الضمان ويحتمل اعتبارها قبل هيجان الأمواج، إذ المال لا قيمة له في تلك الحال.

قوله: ﴿ولو قال: عليَّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا، فإن قال: أردت التساوي لزمه قدر نصيبه﴾ وقال في باب الديات من الكتاب: ولو قال حالة الخوف: ألق متاعك وعليَّ ضمانه مع ركبان السفينة فامتنعوا، فإن قال: أردت التساوي قبل ولزمه بحصّته، وأمّا الركبان فإن رضوا ضمنوا، وإلّا فلا[1].

وقالوا في باب الديات: الضمان على ضربين: ضمان اشتراك وضمان انفراد واشتراك معاً، فضمان الاشتراك كأن يكون لرجل على رجل ألف فقال عشرة أشخاص:

---

(١) قواعد الأحكام: في الديات ج ٣ ص ٦٦٤.

ضمنّا لك الألف الّتي على فلان، فيكون جميعهم ضمناء وكلّ واحد منهم ضامن عشر الألف، فله أن يطالبهم جميعاً بالألف وأن يطالب كلّ واحدٍ بعشر الألف كما لو وكّلهم في بيع عبدٍ أو أوصى إليهم في بيع تركته. وضمان الاشتراك والانفراد مثل أن يقول: ضمنّا لك وكلّ واحد الألف الّتي لك على فلان، فيكون الجميع ضامنين لكلّها وكلّ واحدٍ ضامن لكلّها، فإن قال واحد من العشرة: ضمنت لك أنا وأصحابي ما لك على فلان وسكت ولم يكونوا قد وكّلوا بذلك ضمن عشر الألف، لأنّه لم يضمن الكلّ وإنّما ضمن بالحصّة، هذا فإن كان ضمان الإلقاء في البحر ضمان الاشتراك ضمن كلّ واحدٍ ما يخصّه، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد ضمن كلّ واحدٍ منهم كلّ المتاع. وإن كان قد قال: ألقه على أنّي وركبان السفينة ضامنون فسكتوا ضمن بالحصّة، وإن قال: على أنّي وكلّ واحدٍ منهم ضامن ضمن الكلّ، نصّ على ذلك كلّه في «المبسوط [1]».

وهو يتأتّى على مذهب ابن حمزة في باب الضمان حيث قسّمه إلى ضمان انفراد وضمان اشتراك [2]، والمتأخّرون على خلافه كما حرّرناه في باب الضمان [3]. ولعلّنا نجيزه في المقام ونخالف القواعد لمكان الضرورة كما خالفناها في أصل المسألة. وممّن نصّ على جوازه في المقام غير الشيخ في «المبسوط» المصنّف في «التحرير [4] والتذكرة [5]».

ثمّ عد إلى عبارة الكتاب فقوله «ولو قال ... إلى آخره» يريد به أنّه قال ذلك حالة الخوف. وقوله «فامتنعوا» يريد به أنّهم امتنعوا من الضمان قبل الإلقاء أو بعده بأن ردّوا صريحاً. وقوله «أردت التساوي» يراد به ضمان الاشتراك على أن يكون

---

(١) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٧١.

(٢) الوسيلة: في الضمان ص ٢٨١.

(٣) تقدّم في ص ٣٤١ ـ ٣٤٦.

(٤) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٢١.

هو كأحدهم فيما يصيبه من المال بعد التوزيع، وقد يقال[١]: إنّ هذا اللفظ ظاهر في الاشتراك كما صرّح به في «المبسوط[٢]» فلو مات ولم يقل أردت التساوي حملناه عليه، إلّا أن تقول: إنّ هذا اللفظ مطلق عرفاً كما هو ظاهر المحقّق[٣] والمصنّف وغيرهما[٤] أو صريحهم، أعني ما إذا قال: وعليّ ضمانه مع ركبان السفينة، أو: أنا وركبان السفينة ضامنون. والصريح في التقسيط أن يردفه بقوله كلّ واحدٍ بالحصّة كأن يقول: وعليّ ضمانه مع ركبان السفينة كلّ واحدٍ بالحصّة، كما أنّ صريح الاشتراك والانفراد أن يقول: إنّي وكلّاً من الركبان ضامنون.

وأمّا قوله في باب الديات[٥] «إذا رضوا ضمنوا» فمعناه أنّهم إذا أجازوا ذلك العقد الفضولي بالقول كان لازماً. وأمّا قوله «وإلّا فلا» فللأصل بمعنييه وأنّه لا يلزم بالفضولي شيء إذا تعقّبه الردّ الصريح. وفي «جامع المقاصد[٦]» وكذا «التذكرة[٧]» أنّه يكفي في الردّ السكوت فإنّ السكوت أعمّ من الرضا. قلت: وفيه تأمّل.

وكيف كان، فما في الكتاب خيرة «المبسوط[٨] والشرائع[٩] والتحرير[١٠] والمسالك[١١]» كما بيّنّا ذلك كلّه في باب الديات[١٢].

---

(١) كما في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٤٠٤، ومجمع الفائدة: ج ١٣ ص ٤٠٤.

(٢) المبسوط: في الديات ج٧ص ١٧١.

(٣) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ص٢٥٨.

(٤) كالفاضل الهندي في كشف اللثام: الفصل الخامس فيما يوجب التشريك ج ١١ ص ٢٩٨.

(٥) قواعد الأحكام: في الديات ج ٣ ص ٦٦٤.

(٦) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٤.

(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٢١.

(٨) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٧١.

(٩) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٨.

(١٠) تحرير الأحكام: في موجبات الضمان ج ٥ ص ٥٣٤.

(١١) مسالك الأفهام: في الديات ج ١٥ ص ٣٨٧.

(١٢) سيأتي في ج ١٠ ص ٣٤٢ ـ ٣٤٤ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

ولو قال: وعليَّ ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على إشكالٍ ينشأ من استناد التفريط إلى المالك.

قوله: ﴿ولو قال: وعليَّ ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على إشكالٍ ينشأ من استناد التفريط إلى المالك﴾ وقال في باب الديات: فإن قال: قد أذنوا لي فأنكروا بعد الإلقاء حلفوا وضمن هو الجميع [1] من دون إشكال، وهو خيرة «الشرائع [2] والتحرير [3]» وهو يتمّ بغير إشكال مع إرادة ضمان كلّ واحد الجميع، وعلى تقدير ضمان الاشتراك ـ وهو التحاصّ ـ يكون الوجه فيه أنّه غرَّ المالك بكذبه.

وفيه: أنّا نمنع الغرور هنا، إذ لعلّه صادق فيما أُخبر به عنهم والخيانة من قبلهم في الإنكار، وترك الإشهاد والسؤال منهم مستند إلى تقصير المالك، مضافاً إلى أصل البراءة، فلا يضمن إلّا حصّته كما هو خيرة كفالة «الإيضاح [4] وجامع المقاصد [5] وكذلك «المسالك [6] وكشف اللثام [7]».

وقد استشكل المصنّف هنا وفي كفالة «التذكرة [8]» ممّا ذكر من أنّه مغرور فيرجع على مَن غرّه ومن استناد التفريط إلى المالك حيث ألقى متاعه قبل الاستيثاق.

وفي «المبسوط» أنّه يضمن دونهم [9]. وهو يحتمل الأمرين ضمان الجميع والضمان بالحصّة.

---

(١) قواعد الأحكام: في الديات ج ٣ ص ٦٦٤.
(٢) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٨.
(٣) تحرير الأحكام: في موجبات الضمان ج ٥ ص ٥٣٤.
(٤) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ١٠٣.
(٥) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٥. (٦) مسالك الأفهام: في الديات ج ١٥ ص ٨٨.
(٧) كشف اللثام: الفصل الخامس فيما يوجب التشريك ج ١١ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.
(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٢١. (٩) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٧٢

ولو لم يكن خوفٌ فالأقرب بطلان الضمان.

وتقييد الإنكار بكونه بعد الإلقاء لأنّه لا يضمن لو كان قبله سوى حصّته، لأنّ التفريط حينئذٍ من المالك حيث لم يستوثق.

ولو ثبت أنّهم لم يأذنوا له بالبيّنة وإن عسر ذلك لأنّها شهادة على النفي أو بإقراره فالظاهر أنّه يضمن، لأنّه قد غرّ المالك.

وبقي هنا شيء وهو أنّ المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكه، فلو لفظه البحر على الساحل واتّفق الظفر به فهو لمالكه، ويستردّ الضامن المبذول إن لم تنقص قيمة المتاع، ولو نقصت لزمه من المبذول بنسبة النقص. وهل للمالك أن يمسك ما أخذ ويردّ بدله؟ فيه وجهان تقدّم [1] مثلهما في المغصوب إذا ردّ الغاصب بدله لتعذّر العين ثمّ وجدت، وأولى بلزوم المعاوضة هنا.

قوله: ﴿ولو لم يكن خوفٌ فالأقرب بطلان الضمان﴾ كما في ديات «الشرائع [2] والتحرير [3] والكتاب [4]» وكفالة «التذكرة [5] والإيضاح [6] وجامع المقاصد [7]»

---

(١) لايخفي عليك أيّها القارئ أنّ عبارة الشارح من قوله: بقي هنا شيء ... إلى آخرها تعطي أنّه أراد بيان فرع آخر من نفسه، وأنّ عبارته هذه هي بعينها عبارة المسالك: ج ١٥ ص ٣٨٨ من غير نقصان وزيادة، إلّا قوله «بقي هنا شي فقط» والعجب أنّه أتى من عبارة المسالك ما لا يناسب المقام من الكتاب وهو قوله: تقدّم مثلهما في المغصوب ... وذلك لأنّ مسائل الغصب في الشرح إنّما تأتي بعد ذلك وإنّما تقدّمت تلك المسائل على العبارة المذكورة في المسالك، وليته أسقط قوله «تقدّم مثلهما ...» من العبارة لتتناسب العبارة ولا تستهجن، وكمله مثل هذه الموارد في هذا الكتاب ولعلّ هذا علامة الاستعجال في الكتابة.

(٢) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٨.

(٣) تحرير الأحكام: في موجبات الضمان ج ٥ ص ٥٣٤.

(٤) قواعد الأحكام: في الديات ج ٣ ص ٦٦٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٢١.

(٦) إيضاح الفوائد: في الكفالة ج ٢ ص ١٠٣ (٧) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٥.

ويه جزم في ديات «المبسوط[١] والإيضاح[٢]» وهو المحكيّ عن «المهذّب[٣]». وفي «المبسوط» لا خلاف في عدم الضمان[٤]. وقد بيّنّا الحال في عبارة المبسوط في باب الديات[٥].

ووجهه أنّ هذا الضمان على خلاف الأصل، والأصل براءة الذمّة ولا فائدة فيه، تركنا العمل بالأصلين مع الخوف للفائدة والمصلحة، فيبقى الباقي، فكان هو المفرّط في إتلاف ماله، لأنّ المفروض كماله بالبلوغ والعقل، لكنّه قال في «الإيضاح»: إنّ المراد أنّه خلا عن الخوف ولم يخل عن الفائدة، بل ذكر فيه فائدة وهي أن تخفّ السفينة أو غير ذلك من الفوائد، لأنّه لو خلّي عن الفائدة بالكلّية لم يصحّ قطعاً. ونحوه ما في «جامع المقاصد».

قلت: ويؤيّده مع موافقته للاعتبار في الجملة أنّه في «المبسوط» نفى الخلاف عن عدم الضمان فيما إذا قال: مزّق ثوبك وعليَّ ضمانه، وما ذاك إلّا لخلوّه عن الفائدة بالكلّية، لكنّه ذكر هذا المثال بعده في «المبسوط والشرائع والتحرير والكتاب» قد يرشد إلى أنّه مثله في الخلوّ عن الفائدة بالكلّية، وبه صرّح في «المسالك[٦]» وليس ذلك كلّه بشيء.

ووجه احتمال الضمان عموم الأمر بالوفاء بالعقود[٧] و«المؤمنون عند شروطهم»[٨] ولا مخصّص هنا، على أنّه قد غرّه بذلك، ولأنّه قد يحصل الانتفاع بخفّة السفينة كما في «جامع المقاصد» ثمّ قال: وليس بشيء[٩].

(١ و ٤) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٧١.　　(٢) إيضاح الفوائد: في الديات ج ٤ ص ٦٧٥.

(٣) الحاكي هو الفاضل الهندي في كشف اللثام: الفصل الخامس فيما يوجب التشريك ج ١١ ص ٢٩٨.

(٥) سيأتي في ج ١٠ ص ٣٤٤ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٦) مسالك الأفهام: في الديات ج ١٥ ص ٣٨٥.　　(٧) المائدة: ١.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٩) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٦.

وكذا: مزّق ثوبك وعليَّ الضمان، أو: اجرح نفسك وعليَّ ضمانه بخلاف: طلّق زوّجتك وعليَّ كذا.

العاشر: الأقرب انتقال حقّ الكفالة إلى الوارث. ولو انتقل الحقّ عن المستحقّ ببيعٍ أو إحالةٍ أو غيرها برئ الكفيل. وكذا لو أحال المكفول المستحقَّ لأنّه كالقضاء.

قوله: ﴿وكذا: مزّق ثوبك وعليَّ الضمان، أو: اجرح نفسك وعليَّ ضمانه﴾ قد سمعت ما في «المبسوط» من نفي الخلاف عن عدم الضمان. ومثل هذين: اهدم دارك وعليَّ ضمانها.

قوله: ﴿بخلاف: طلّق زوجتك وعليَّ كذا﴾ فإنّه يصحّ ذلك جعالة إذا أتى بالمجعول عليه. ودليل الصحّة أنّه عمل مقصود محلّل، وربّما كان عالماً بالتحريم بينهما فطلب التفرقة بالعوض، ولا كذلك لو بذل له تبرّعاً مالاً من ماله ليخلعها، لأنّ المقصود من البذل جعل الواقع خلعاً لتترتّب عليه أحكامه المخصوصة لا مجرّد بذل المال في مقابلة الفعل، بخلاف الجعالة فإنّ غرضه وقوع الطلاق بأن يقول: طلّقها وعليَّ ألف، ولا مانع من صحّته. ولا يشترط في إجابته الفورية والمقارنة لسؤاله بخلاف الخلع. ومثل ما نحن فيه ما إذا قال: أعتق عبدك وعليَّ كذا، إذ لعلّه طلب الثواب في العتق (ثواب العتق ـ خ ل) أو علم كون العبد حرّاً. ولو خلّى في هذين عن الفائدة لم يكن مقصوداً للعقلاء.

[في انتقال حقّ الكفالة إلى الوارث]

قوله: ﴿الأقرب انتقال حقّ الكفالة إلى الوارث. ولو انتقل الحقّ عن المستحقّ ببيعٍ أو إحالةٍ وغيرها برئ الكفيل. وكذا لو أحال

الحادي عشر: لو أدّى الكفيل لتعذّر إحضار المكفول كان له مطالبةالمكفول بماأدّاه عنه سواء كفل بإذنه أو لا. ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له.

المكفول المستحقّ لأنّه كالقضاء﴾ قد تقدّم[1] الكلام في ذلك كلّه وأعاده للفرق بين انتقال الحقّ من الموروث إلى الوارث وبين انتقال الحقّ من المستحقّ إلى غيره ببيعٍ ونحوه، فإنّ الكفالة لا تنتقل حينئذٍ بخلاف الإرث فإنّه يقتضي نقل كلّ حقّ للموروث فينتقل الدّين وما يتعلّق به. والحاصل: أنّ مورد الإرث عامّ في المال وحقوقه ومورد المعاوضة ما وقع عليه العقد، وقد نص عليه في «التذكرة[2] والحواشي[3] وجامع المقاصد[4]».

[في أنّ للكفيل مطالبة المكفول بما أدّاه عنه]

قوله: ﴿لو أدّى الكفيل لتعذّر إحضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أدّاه عنه سواء كفل بإذنه أو لا﴾ كما في «التذكرة[5] وجامع المقاصد[6]». وفي «المسالك» نسبته إلى ظاهرهم[7]. وذلك إذا طالبه المكفول وضيّق عليه بحيث يكون واجباً عليه، وقد تقدّم الكلام في ذلك في موضعين[8]، ولنا فيه نظر.

قوله: ﴿ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على

---

(١) تقدّم في ص ٦٠٤ ـ ٦٠٥.

(٢ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ١٤ ص ٤٢١ ـ ٤٢٢.

(٣) الحاشية النجّارية: في الكفالة ص٨١ س ١٣ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤ و٦) جامع المقاصد: في الكفالة ج ٥ ص ٤٠٦ ـ ٤٠٧.

(٧) مسالك الأفهام: في شروط الكفالة ج ٤ ص ٢٣٧.

(٨) تقدّم الموضع الأوّل في ص ٥٨١ ـ ٥٨٣ والموضع الثاني في ص ٦٢٥ ـ ٦٢٨.

المكفول له﴾ كما في «التذكرة[١]» ووجهه ظاهر.

فـروع

الأوّل: لو مات المحال عليه الموسر ولم يترك شيئاً برئ الكفيل وسقط دَين المحتال.

الثاني: لو قال: أعط فلاناً كذا لم يكن كفيلاً ولا يلزمه شيء وإن كان خليطاً، نصّ عليه في «التحرير[٢]».

الثالث: لو قال رجل لآخر: أعط فلاناً عنّي كذا كان كـفيلاً، صرّح بـه فـي «التحرير[٣]» أيضاً. وهذا فرع تمسّ الحاجة إليه كثيراً كما إذا غضب الظالم على رجل وأراد منه مالاً ليفكّه من حبسه وأسره وظلمه أو نحو ذلك فقال لآخر: أدّ عنّي أو اضمن عنّي فإنّه يكون كفيلاً، لأنّه أوقعه في يد غـريمه أو ظـالمه بـالتماسه. وله نظائر. فكان هذا ومَن خلّص غريماً من يد صاحبه قسمين من أقسام الكفالة.

الرابع: عقد الكفالة يصحّ دخول الخيار فيه مدّة معيّنة لقوله جلّ شأنه: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٤] وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[٥] نصّ عليه في «التذكرة» وحكى عن الشافعي بطلان العقد، وعن أبي حنيفة بطلان الشرط فقط[٦].

الخامس: إذا قال رجل لرجل: إنّ فلاناً قد لازم فلاناً وضيّق عـليه فـاذهب فتكفّل به، فتكفّل كما أمره غير مكره كانت الكفالة على مَن باشر العقد دون الآمر، نصّ عليه في «المبسوط[٧]».

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ١٠٤ س ٨.

(٢ و٣) تحرير الأحكام: في الكفالة ج ٢ ص ٥٧٢.

(٤) المائدة: ١.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الكفالة ج ١٤ ص ٣٩٠.

(٧) المبسوط: في أحكام الكفالة ج ٢ ص ٣٣٩.



فهرس الموضوعات

كتاب الدَين وتوابعه